

Hervorming van strafrecht en strafprocesrecht in de zuidelijke Nederlanden in de tweede helft van de achttiende eeuw

Citation for published version (APA):

Berkvens, A. M. J. A. (1995). Hervorming van strafrecht en strafprocesrecht in de zuidelijke Nederlanden in de tweede helft van de achttiende eeuw: Enkele adviezen van het Hof van Oostenrijks Gelre te Roermond (1756-1777). In A. M. J. A. Berkvens, A. F. I. Gehlen, & G. H. A. Venner (Eds.), *'Flittich erforscht und gecolligeert...': Opstellen over Limburgse rechtsgeschiedenis* (1 ed., pp. 137-171). Werkgroep Limburgse Rechtsgeschiedenis.

Document status and date:

Published: 01/01/1995

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

HERVORMING VAN STRAFRECHT EN STRAFPROCESRECHT IN DE ZUIDELIJKE NEDERLANDEN IN DE TWEEDE HELFT VAN DE ACHTTIENDE EEUW.

Enkele adviezen van het Hof van Oostenrijks Gelre te Roermond (1756-1777).

Inleiding

In enkele opstellen heeft J.W. Bosch, inmiddels al weer 3 à 4 decennia geleden, aandacht gevraagd voor (voorgenomen) hervormingen van strafrecht en strafprocesrecht in de Noordelijke en Zuidelijke Nederlanden in de tweede helft van de achttiende eeuw.¹ Hij merkte daarbij ten aanzien van de Zuidelijke Nederlanden op, dat de hervormingsplannen van de centrale regering te Brussel veel adhaesie ondervonden van het Hof van Oostenrijks Gelre te Roermond, waar met name de raadsheer en latere kanselier G.J. Luytgens een protagonist was van de humaniseringsbeweging in het strafrecht.² Recent heeft O.

1. J.W. BOSCH, Korte aantekeningen over de uitwendige geschiedenis der Hollandse hervormingsplannen van het strafproces in de XVIIIde eeuw, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TRG)* 21 (1953) 59-67; IDEM, Aantekeningen over de algemene strekking van de Premières Idées van Goswin de Fierlant, in: *TRG* 23 (1955) 53-74; IDEM, Aantekeningen over de inhoud der Hollandse hervormingsplannen van de criminele ordonnantiën van 1570 in de 18de eeuw, in: *Tijdschrift voor Strafrecht* 65 (1956) 197-213; 291-308; 66 (1957) 267-288; 67 (1958) 179-198; IDEM, Belgische en Hollandse Hervormingsplannen in de 18de eeuw, in: *Tijdschrift voor Strafrecht* 70 (1961) 167-186; IDEM, Beccaria et Voltaire chez Goswin de Fierlant et quelques autres juristes belges et néerlandais, in: *TRG* 29 (1961) 1-21; recent is dit ontwerp opnieuw in de belangstelling gekomen, zie: M.S. DUPONT-BOUCHAT, La réforme du droit pénal dans les Pays-Bas autrichiens à la fin de l' Ancien Régime (1765-1787), in: G. MACOURS (RED.), *Cornua legum*, Antwerpen 1987, blz. 71-97; en P. NEFORS, Goswin de Fierlant (1735-1804). De strafrechtshervorming in de Zuidelijke Nederlanden, in: F. STEVENS, D. VAN DEN AUWEELE (RED.), *Uutwysens d'Archiven*, Leuven 1992, blz. 141-156.
2. J.W. BOSCH, *Belgische en Nederlandse hervormingsplannen*, 170, 185.

Moorman van Kappen, ter illustratie van de verlichte ideeën van Luytgens, nog gewezen op het belang van diens "Pensées".³

Een belangrijke kenbron voor de strafrechtelijke opvattingen van de raadsheren van het Hof van Gelre wordt gevormd door de adviezen, die zij op verzoek van de regering in Brussel voor en na hebben verstrekt met betrekking tot voorliggende wetsontwerpen dienaangaande. Van deze adviezen zijn die uit 1765/'66 en 1771 betreffende de hervorming van het strafprocesrecht het meest bekend geworden.⁴ Daarnaast adviseerden zij tussen 1756 en 1777 onder meer over wetsontwerpen betreffende de gewenste bestraffing van verbreking van verbanning op straffe van de galg (1756), frauduleus bankroet (1758), domestieke diefstallen (1766), desertie (1773) en valsheidsdelicten (1773/'74), de infamerende gevolgen van de doodstraf voor familie en verwanten van de veroordeelde (1773/'74), de toelaatbaarheid van kerkelijke gevangenen (1775/'76), beperking van het recht van asyl (1776) en de bestraffing van gekwalificeerde diefstal (1777).⁵

In het hierna volgende opstel wil ik door middel van een analyse van deze adviezen proberen de strafrechtelijke opvattingen van de raadsheren van het Hof van Gelre nader te adstrueren. In het bijzonder zal daarbij aandacht besteed moeten worden aan de vraag of en in hoeverre de voornaamste kenmerken van de klassieke richting in het strafrecht — bescherming van de persoonlijke vrijheid van de burger tegen de overheid, het gelijkheidsideaal, de proportionaliteit van straf en delict en de tendens tot humanisering van het strafrecht — in deze adviezen herkenbaar zijn.⁶

Advies over de wenselijke bestraffing van verbreking van verbanning op straffe van de galg (1756)⁷

In juni 1756 legt de landvoogd Karel van Lotharingen aan kanselier en raden het probleem voor, dat veel rechters in gewetensnood geraken, wanneer zij zich genoodzaakt zien iemand, die eerder wegens een delict was veroordeeld tot verbanning op straffe van de galg — een straf die vooral aan vagebonden, bedelaars en lieden zonder middelen van bestaan van vreemde origine werd opgelegd —, enkel en alleen vanwege de verbreking van die verbanning, zonder dat van andere misdrijven sprake is, tot de galg te veroordelen. Zij worden uitgenodigd voorstellen te doen "d'un manière qui puisse servir de règle

3. O. MOORMAN VAN KAPPEN, Les "Pensées" du chancelier Luytgens (1722-1802), in: *TRG* 61 (1993) 297-308.

4. O. MOORMAN VAN KAPPEN, De rechtskracht van de ordonnantie op de stijl van procederen in criminele zaken van 9 juli 1570 in de Oostenrijkse Nederlanden, in: *TRG* 58 (1990) 327-343; m.b.t. het advies van het Oostenrijks Hof van Gelre, zie met name blz. 337-341.

5. A.M.J.A. BERKVEN, De prealabele consultatie van het Oostenrijks Hof van Gelre als onderdeel van het wetgevingsproces in de achttiende eeuw, in: A.M.J.A. BERKVEN, A.FL. GEHLEN EN G.H.A. VENNEN, *Ten Werentliken Rechte. Opstellen over Limburgse Rechtsgeschiedenis*, Maastricht 1990, blz. 151-170.

6. Over de "klassieke richting" in de strafrechtswetenschap zie o.a. W.P.J. POMPE, *Handboek van het Nederlandse Strafrecht*, Zwolle ⁵1959, blz. 19-30; G.A. VAN HAMEL, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche Strafrecht*, Haarlem 's-Gravenhage ⁴1927, blz. 67-70.

7. Rijksarchief in Limburg (RAL), Hof van Gelre, inv. 52, fol. 213-214.

aux juges dans les jugemens qu'ils auront à porter à l'avenir en pareils cas". Deze vraagstelling betreft impliciet zowel de proportionaliteit van straf en delict, als de humanisering van het strafrecht.

In hun advies van 20 juli 1756 merken kanselier en raden op, dat het van weinig vastbeslotenheid getuigt, wanneer een rechter iemand voorwaardelijk tot de galg veroordeelt, als hij niet bereid is om, wanneer de voorwaarde is vervuld, die straf ook ten uitvoer te laten leggen.⁸ Anderzijds acht men het ook onaanvaardbaar, dat iemand vanwege het loutere feit van verbreking van zijn verbanning "soit impitoyablement mis à mort."

Om nu de plicht van de rechter te verzoenen met de eisen van de christelijke humaniteit, stellen kanselier en raden voor om de straf van verbanning op straffe van de galg in alle gevallen dat de plakaten deze voorschrijven, te vervangen, door levenslange gevangenisstraf. Om deze "humane" straf mogelijk te maken, achten kanselier en raden het wenselijk, dat er in de Oostenrijkse Nederlanden zo spoedig mogelijk "une maison forte suffisamment dotée, et spatieuse" wordt opgericht. Op welke wijze daarvoor de nodige middelen gevonden zouden moeten worden, laten zij gaarne over "aux soins paternels" van de landvoogd.

Wij stellen voorlopig vast, dat kanselier en raden in 1756 voorstander zijn van consequente maar — althans in hun ogen — humane straffen.

Advies betreffende een ontwerp-ordonnantie ter bestrijding van frauduleus bankroet (1758)⁹

Bij brief van 27 februari 1758 vraagt de Geheime Raad advies over een ontwerp-ordonnantie ter bestrijding van frauduleus bankroet. In het bijzonder is men geïnteresseerd in eventuele suggesties "pour extirper un mal de cette espèce, si capable de détruire le commerce". Blijkens de considerans van het ontwerp-plakkaat, acht de Geheime Raad streng optreden tegen frauduleus bankroet noodzakelijk ter bevordering van de opbloei van handel en nijverheid, een der kerndoelstellingen van de regering van Maria Theresia. Het ontwerp neemt de bepalingen van de ordonnantie van 4 oktober 1540¹⁰ als uitgangspunt (art. 1) en voegt enkele verzwarende bepalingen daaraan toe. Deze bepalingen betreffen de verruiming van de definitie van frauduleus bankroet (art. 2-3), het voorschrift dat fraudeurs in alle gevallen extra-ordinaris vervolgd moeten worden en vooral ook de aansprakelijkheid van rechters en officieren, in geval zij nalatig zijn bij de vervolging van het delict (art. 4-6).

Blijkens hun advies van 3 juli 1758 zijn kanselier en raden geen voorstander van de invoering van het hun voorgelegde ontwerp en zij verschuilen zich daarom achter het Gelderse Land- en Stadrecht (GLS), de in 1619 gehomologeerde en in 1620 in werking

8. "...que généralement il ne convient pas à la fermeté requise dans un juge de comminer par ses arrêts la peine de la hart, s'il n'est pas bien résolu de l'infliger effectivement toutes et quantes fois, que le cas de ses arrêts se présente."

9. RAL, Hof van Gelre, inv. 53, fol. 7^v-12^v.

10. *Recueil des ordonnances des Pays-Bas, 2^e série, règne de Charles-Quint*, dl. 4, blz. 232-238, t.a.p. blz. 233.

getreden costume van het Overkwartier van Gelre, die niet zonder medewerking van de Staten van het Overkwartier mag worden gewijzigd. Zij wijzen erop, dat het ontwerp gebaseerd is op de ordonnantie van 1540, die — aangezien het hertogdom Gelre pas in 1543 bij de Nederlanden is gevoegd — in het Overkwartier niet is afgekondigd en er nooit kracht van wet heeft gehad. Het GLS geeft voldoende aanknopingspunten om in voorkomende gevallen tegen frauduleus bankroet op te kunnen treden: GLS 360, art. 3 stelt straf op bedrog en handelen in strijd met de goede trouw; GLS 370, art. 3-4 bepaalt dat valsheidsdelicten, afhankelijk van de ernst, strafbaar zijn met lijfstraf tot in de hoogste graad, ter arbitrage van de rechter. Voor zover men zich kan herinneren, heeft zich in het Overkwartier echter nooit een geval van crimineel bankroet voorgedaan. Waarom kanselier en raden zich zo formeel opstellen, blijkt wanneer men hun inhoudelijke bezwaren bekijkt. Zij verwerpen de in hun ogen al te rigoureuze aanpak van frauduleus bankroet, omdat zij verwachten, dat de regeringsvoorstellen eerder een averechts effect zullen hebben. Zij wijzen erop, dat neringdoenden, in tegenstelling tot dieven, die door hen als de heffe des volks worden gekwalificeerd ¹¹, "sont d'une classe tres distinguée parmi les citoiens, attachées par leur profession même à l'honneur et à la bonne réputation, dont la perte, et même le soupçon est leur ruine." Men kan op allerlei manieren failliet gaan, door pech, het failliet van anderen, onvoorzichtigheid, verwaarlozing, of al te grote ambitie, en in al deze gevallen verdient de failliet eerder medelijden dan straf. Wil men nu op verantwoorde wijze onderscheid kunnen maken tussen deze niet strafbare vormen van bankroet en frauduleus bankroet, dan zal men telkens een zeer streng onderzoek moeten instellen. Kanselier en raden vrezen, dat de strenge straffen gesteld op frauduleus bankroet, en het door de wet opgelegde inquisitoire onderzoek, op zich al zo bedreigend zijn voor de goede naam en faam van handelaren en neringdoenden, dat daardoor alleen al hun ondernemingslust zal bekoelen en de handel schade zal oplopen; terwijl de strenge straffen gesteld op nalatigheid van rechters en opsporingsambtenaren er licht toe kunnen leiden, dat zij al te gemakkelijk tot vervolging en veroordeling zullen overgaan. Bij wijze van alternatief wijst het Hof erop, dat "dans un pays voisin, ou l'avantage du negoce fait la première loi" — bedoeld is ongetwijfeld Holland — men de afhandeling van faillissementen niet onmiddellijk in de strafrechtelijke sfeer trekt, maar dit overlaat aan speciale daartoe in het leven geroepen commissies (de zgn. desolate boedelskamers ¹²) — en kennelijk slechts in geval van noodzaak de strafrechter inschakelt. Men kan zich voorstellen, dat, indien het criminele bankroet in de (rest van) de Oostenrijkse Nederlanden echt een probleem vormt, "une raison supérieure y fait trouver le remède violent, pire que le mal", maar in het Overkwartier heeft men aan dergelijke middelen geen behoefte.

11. "[Les voleurs sont] les hommes les plus viles, de la lie du peuple, insensibles à l'infamie, et même aux autres peines qui ne sont pas la mort". Met mogelijke uitzondering van levenslange opsluiting in goede gevangenissen, beschikt de wetgever over geen enkel middel tegen deze plaag, dan de schuldigen uit te roeien.

12. Cf. S.J. FOCKEMA ANDREAE, *De Nederlandse Staat onder de Republiek*, Amsterdam ⁷1975 (Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Verhandelingen Afd. Letterkunde, Nieuwe Reeks dl. 68, nr. 3), blz. 141.

Samenvattend kunnen we stellen, dat het Hof van Gelre ernstig twijfelt aan de doelmatigheid van het ontwerp en de voorgestelde procedure onverenigbaar acht met de belangen van de burgerij, overigens zonder dat elementen als humaniteit en bescherming van de persoonlijke vrijheid met evenzoveel woorden worden genoemd. De opmerking, dat een hoger vernuft best wel in staat zou kunnen zijn een gewelddadig middel te bedenken, dat erger is dan het te bestrijden kwaad, spreekt echter boekdelen voor wat betreft hun oordeel over de proportionaliteit van straf en delict.¹³

Advies terzake van de administratie van de criminele justitie (1765/1766)¹⁴

Bij brief van 7 augustus 1765 wendt de gevolmachtigd minister, graaf Cobenzl, zich tot de gewestelijke justitiehoven met het verzoek aan te geven op welke wijze, gelet op de lokale omstandigheden, het beste een einde gemaakt zou kunnen worden aan een aantal misstanden met betrekking tot de criminele jurisdictie. In het bijzonder wenst de regering te vernemen op welke wijze men een einde zou kunnen maken aan de misstanden die het gevolg zijn van de almacht en incompetentie van niet-professionele rechters, die in de heerlijkheden veelal de dienst uitmaken. In het bijzonder dienen de gewestelijke justitiehoven zich uit te spreken over de vraag of het wenselijk is meer eenvormigheid te brengen in de criminele procedure, door alle rechtbanken te verplichten tot navolging van de Criminele Ordonnantien van 1570. Deze brief wordt in de literatuur beschouwd als het officiële begin van de hervormingspogingen op het gebied van strafrecht en strafprocesrecht, die door de centrale regering te Brussel in de tweede helft van de achttiende eeuw werden ondernomen.¹⁵ Voor zover bekend, zijn op dit schrijven geen reacties bij de Geheime Raad binnengekomen en heeft dit gebrek aan respons de regering genoopt in april 1766 nogmaals een brief te doen uitgaan, waarin naast de eerder gestelde vragen, ook nog de wenselijkheid van afschaffing van de pijnbank en van afschaffing van het brandmerk aan de orde werden gesteld.

Beide brieven zijn ook door het Hof van Oostenrijks Gelre ontvangen en in behandeling genomen. Naar aanleiding van de brief van 7 augustus 1765 ontving de momboir,

13. Ondanks deze bezwaren heeft het ontwerp op 6 juni 1759 kracht van wet gekregen en is het, na enige uitstel — de verordening was in het in Oostenrijks Gelre niet gangbare Frans toegezonden en het Hof was van mening, dat de justiciabelen zich terecht zouden kunnen beklagen, dat zij de wet niet konden begrijpen — op 11 juli 1759 in Nederlandse vertaling afgekondigd. Het voorstel van kanselier en raden, ter beperking van het risico van ten onrechte ingestelde strafvervolging over te gaan tot de instelling van desolate boedelskamers, is door de Geheime Raad niet overgenomen. Cf. A.M.J.A. BERKVEN'S, *Plakkatenlijst Overkwartier 1665-1794*, Nijmegen 1990-1992 (Werken Stichting OVR dl. 20 en 22; Rechtshistorische Reeks Gerard Noodt Instituut dl. 19 en 25) dl. 2, blz. 314.
14. RAL, Hof van Gelre, inv. 56, fol. 115-116 (dépêche van de gevolmachtigd minister Cobenzl, 7 augustus 1765); fol. 95-98 (advies van momboir Van Dunghen, 30 september 1765); fol. 117 (iteratieve brief van de landvoogd Karel van Lotharingen, 16 april 1766); fol. 99-115 (advies van kanselier en raden, opgesteld door de raadsheer Luytgens, 30 juni 1766).
15. Cf. M.S. DUPONT-BOUCHAT, *La réforme du droit pénal dans les Pays-Bas autrichiens à la fin de l'Ancien Régime (1765-1787)*, blz. 74.

of procureur-generaal en advocaat-generaal van het Hof van Gelre, R.J. van Dungen¹⁶, op 27 augustus 1765 opdracht een preadvies op te stellen. Dit preadvies wordt op 10 oktober 1765 in handen gesteld van de raadsheer G.J. Luytgens, die als rapporteur was aangewezen. Voordat het Hof van Gelre een definitief advies kon opstellen, werd de procedure doorkruist door de iteratieve brief van de centrale regering die — vanwege de additionele vraagpunten — een aanvullend advies van de momboir noodzakelijk maakte, dat op 4 mei 1766 gereed kwam, waarna kanselier en raden op 30 juni 1766 hun advies konden afronden.¹⁷

In het preadvies van 30 september 1765 staat de vraag centraal op welke wijze men paal en perk zou kunnen stellen aan het misbruik "très nuisible au bien public", dat schepenen, aangesteld door de bezitters van hoge heerlijkheden, criminele vonnissen, ja zelfs doodvonnissen, uitspreken, die zijn gebaseerd op de adviezen van twee of drie adviseurs of rechtsgeleerde schepenen, die veelal zelf weinig bekwaam en absoluut niet onderlegd zijn in de criminele jurisprudentie. Het advies dient aan te geven op welke wijze in het Overkwartier aan deze misstand het beste een einde gemaakt kan worden, en of het wenselijk zou zijn, alle rechtbanken van hoge heerlijkheden te verplichten de Ordonnantie op de Stijl van procederen van 9 juli 1570 na te leven.

De momboir schetst in zijn preadvies allereerst, op welke wijze het Hof van Gelre en de subalterne tribunalen in Oostenrijks Gelre te werk gaan bij de administratie der justitie. Vóór de invoering van het plakkaat terzake van de (kleine) revisie van 16 september 1613 wezen de subalterne gerechten zowel in civiele als in criminele zaken vonnis bij arrest: het instellen van hoger beroep of revisie bij het Hof was niet mogelijk. Sedert 1613 bestaat in civiele zaken de mogelijkheid revisie te vragen bij het Hof. Volgens art. 15 van het reglement van revisie is de stijl van criminele zaken echter gebleven op de oude voet.¹⁸

Voor wat betreft de stijl van procederen in criminele zaken, maakt de momboir een onderscheid tussen de verschillende delen van Oostenrijks Gelre, te weten het Overkwartier en de zogeheten "vrije heerlijkheden".

In het Overkwartier is het noch in civiele noch in criminele processen gebruikelijk advies in te winnen van "échevins jurisconsultes". Deze praktijk wordt zelfs nadrukkelijk

16. Rutger Joseph van Dungen werd op 14 november 1743 benoemd tot raadsheer in het Hof van Gelre; op 8 maart 1775 volgde zijn aanstelling als momboir, welke functie hij vervulde tot aan zijn overlijden op 29 april 1779.

17. De tekst van dit advies is, met uitzondering van de bijlagen, afgedrukt in de *Procès-verbaux de la Commission royale des anciennes lois et ordonnances de la Belgique* 3 (1860) 118-131; voor de bijlagen zie: RAL, Hof van Gelre, inv. 56, fol. 101^v-115^r; Geradts citeert dit advies aan de hand van een aan Luytgens persoonlijk toebehorend afschrift; cf. J.L. GERADTS, *Bijdrage tot de geschiedenis van den Souvereinen Raad in het Overkwartier van Gelderland te Ruremonde (1580-1794)*, Leiden 1860, blz. 88-90.

18. De tekst van het plakkaat van 16 september 1613 is afgedrukt bij K.J.TH. JANSSEN DE LIMPENS, *Rechtsbronnen van het Gelders Overkwartier van Roermond*, Utrecht 1965 (Werken Vereniging OVR, 3^e reeks, no. 20), blz. 472-475.

verboden in GLS 335 § 3, art. 1.¹⁹ In beginsel wordt het criminele vonnis derhalve bepaald door de grootste gemene deler van de subjectieve overtuigingen van de schepenen die zich een oordeel vormen over een bepaalde zaak. Hoofdvaart bood aan de subalterne gerechten de mogelijkheid om hun geweten te ontlasten, doordat zij zich "der saecke onwijs" konden verklaren, waarna zij zich tot het Hoofdgerecht van Roermond konden wenden.²⁰

Voor wat betreft het Land van Weert en de andere vrije heerlijkheden "faisant partie de la Gueldre, mais point de la matricule de la province"²¹, hier kunnen de schepenbanken zich in criminele zaken wel wenden tot rechtsgeleerde adviseurs, indien zij dat wenselijk achten. De heerlijkheid Dalenbroek kent in civiele zaken de mogelijkheid in revisie te gaan bij het Hof van Gelre, terwijl vanuit de overige vrije heerlijkheden in dergelijke zaken hoger beroep op het Hof open staat. Vanuit de vrije heerlijkheden bestaat niet de mogelijkheid van hoofdvaart, met als gevolg, dat de schepenbanken der vrije heerlijkheden in eerste en laatste ressort vonnissen in strafzaken.

Op grond van deze gegevens concludeert de momboir, dat de situatie ten plattelande en in de vrije heerlijkheden voor wat betreft de criminele rechtspleging nog ongunstiger is dan de situatie in Brabant, die de aanleiding vormde van het schrijven van de gevolmachtigd minister. Ook hier is sprake van schepenen "étrangers dans le droit", van wie sommigen "ne sçaivent ni lire ni écrire", die in het gunstigste geval te hoofde gaan (Overkwartier), respectievelijk enkele rechtsgeleerden assumeren (vrije heerlijkheden), en in het ongunstigste geval geheel zelf vonnis wijzen in criminele zaken.

Bij wijze van remedie zou de momboir het liefst willen voorstellen alle criminele procedures onder toezicht van het Hof van Gelre te stellen, maar dit zou op gespannen voet staan met het *recht van hoofdvaart of beleeringe* van het hoofdgerecht Roermond. De naast-betere oplossing zou zijn "les loix subaltes de la matricule" te verplichten in criminele zaken "d'envoyer la décision et provision à la connaissance et détermination de ladite Chef-Justice, demeurant toujours l'exécution à l'officier et gens de la loi subalterne." Ten aanzien van de Vrije Heerlijkheden stelt hij daarentegen voor, dat de vonnissen der subalterne gerechten ter goedkeuring moeten worden voorgelegd aan het Hof, maar dat de tenuitvoerlegging voorbehouden blijft aan de lokale officier en schepenen.

19. GLS 335 § 3, art. 1: Soe wanneer die lege bancken der sake niet wijs en sijn, sullen sie dieselve aen hun wettich overheuft, oft ander heuftfahrt, die sie van alts gehadt hebben, mit die acten (ter presentien van beide partijen, oft hunne volmechtige, behoirlick gecollationneert, ende toegesegelt sijnde), overbringen, ende 't vonnis aldaer doen beramen naer het aldt gebruijk, sonder dat sie sich sullen mogen beraden mit einige rechtsgeleerde ofte bie deselve 't vonnis doen stellen.

20. GLS 335 §3, art. 1; Reglement van revisie 16 september 1613, art. 13; over hoofdvaart in het Overkwartier van Gelre, zie: G.H.A. VENNEN, Het Hoofdgerecht Roermond, in: *Publications de la Société historique et archéologique dans le Limbourg* 122 (1986) 32-101; voor een overzicht van de "hoofdleringen" in criminele zaken, zie: G.H.A. Venner, *Inventaris van het Hoofdgerecht Roermond 1459-1796*, Maastricht 1987 (Rijksarchief in Limburg, inventarissenreeks nr. 38), bijlage II. Deze bijlage vermeldt, t.a.p. blz. 344-346, in de achttiende eeuw twintig hoofdvaarten in criminele zaken vanuit de heerlijkheden Elmpt, Cruchten en Wegberg.

21. Over de verhouding van de "vrije heerlijkheden" tot Spaans en nadien Oostenrijks Gelre, zie: A.M.J.A. BERKVEN, *Plakkatenlijst Overkwartier 1665-1794*, dl. 1, blz. 81-125.

Daarmee komt de momboir toe aan de beantwoording van de tweede vraag, of het wenselijk is de rechtbanken der hoge heerlijkheden te verplichten tot navolging van de Ordonnantie op de Stijl.

Het strafprocesrecht van Oostenrijks Gelre is gecodificeerd in boek 6, titels 3 tot en met 7 van het GLS (blz. 373 e.v.). Deze "stijl" "ne diffère guère de celui prescrit par le règlement émané au même sujet, le 9. juillet 1570 et du dispositif de l'édit perpétuel de l'année 1611"; hetgeen begrijpelijk is, omdat het GLS voor wat betreft het strafprocesrecht overwegend aan de hand van beide verordeningen is gemodelleerd.²² Het GLS wijkt slechts in enkele opzichten van de Ordonnantie op de Stijl af, onder meer doordat een verdachte niet verplicht is onder ede te antwoorden, doordat het GLS een verdachte, nadat hij in persoon heeft geantwoord, als regel een advocaat toekent, en doordat men in het Overkwartier gewoon is getuigen publiek te maken, zoals in burgerlijke processen. Op grond van de gelijkenis van GLS en Ordonnantie op de Stijl, kan men volgens de momboir volstaan met toezicht op de naleving van het GLS, maar indien de Geheime Raad het wenselijk acht de Ordonnantie van 9 juli 1570 opnieuw voor te schrijven, dan acht hij dat ook zeer goed mogelijk.

Het advies van momboir Van Dunghen werd na het gereedkomen ervan op 30 september 1765, op 10 oktober 1765 ter hand gesteld aan raadsheer G.J. Luytgens, die als rapporteur was aangewezen. Deze is kennelijk nog niet met zijn werkzaamheden gereed, als bij brief van 16 april 1766 de landvoogd Karel van Lotharingen zich beklaagt over het uitblijven van een reactie op de brief van 7 augustus 1765 en tevens de adviesaanvraag uitbreidt met enkele nieuwe vraagpunten, betreffende de wenselijkheid al dan niet over te gaan tot afschaffing van de tortuur en van het brandmerk, hetgeen een aanvullend advies van de momboir noodzakelijk maakte.

In zijn preadvies van 4 mei 1766 toont de momboir zich een krachtig voorstander van handhaving van de tortuur. Hij beschouwt de tortuur als een "mal nécessaire pour pouvoir administrer efficacement la justice criminelle selon le requis de droits". De tortuur is, in handen van een integere en helderziende rechter die er met verstand gebruik van maakt, een zeer nuttig instrument "pour punir les malfaiteurs condignement". Tevens kan men er gebruik van maken om medeplichtigen te achterhalen en dankzij het afschrikwekkend karakter, gaat er een heilzame preventieve werking van uit. De momboir realiseert zich evenwel, dat het middel in handen van een "juge indiscret" gemakkelijk kan verworden tot een "cause de l'injustice la plus grande et la plus cruelle". Voor een goede toepassing van de tortuur is derhalve vereist "la candeur d'un juge intègre, et la prudence, prévoyance et dextérité d'un juge éclairé". Volgens Damhouder en de Digesten mag de tortuur alleen "avec connaissance de cause" worden toegepast, d.w.z. op grond van hetgeen blijkt uit het corpus delicti, alsmede uit "vehemente en suffisante indiciën" ten opzichte van een ontkennende verdachte, aan wie men niet op andere wijze de waarheid kan ontwringen.²³

22. Gedoeld wordt uiteraard op het Eeuwig Edict van 12 juli 1611, "tot beter directie vande saken van justicie", waarvan de artt. 38 e.v. betrekking hebben op criminele processen.

23. DAMHOUDER, *Practycke criminele*, hfdst. 36, nr. 34; D. 48,18,1.

Hij wijst erop, dat de praktijk van de tortuur ouder is dan het "corps de droit". Het is een hulpmiddel om door schrik de waarheid met betrekking tot allerlei gruwelijke misdrijven te achterhalen en het bewijs te leveren, vooral in occulte zaken, medeplichtigen te achterhalen, misdadigers voorbeeldig te straffen en daardoor de openbare rust te handhaven en de ingezetenen te beschermen tegen degenen die zich, met misachting van alle goddelijke en menselijke wetten daaraan trachten te vergrijpen.

Het is de momboir weliswaar bekend, dat men kan stellen dat de tortuur onmenselijk en wreed is, maar dat kan men ook zeggen van de doodstraf. Indien men de doodstraf aanvaardt, die door de goddelijke en menselijke wetten als noodzakelijk wordt gezien, hoe kan men dan van mening zijn, dat de tortuur — mits toegepast op een schuldige onder inachtnaam van de regels, zoals neergelegd in de Ordonnantie op de Stijl, of in boek 6, titel 5 van het GLS — onmenselijker is dan de doodstraf? Zijn conclusie is daarom kort en goed "que tandis qu'on ne trouve pas un remède plus prompte et efficace pour substituer à la question, l'on ne peut pas bonnement abolir la torture sans exposer l'Etat aux plus grands dangers et inconveniens."

Evenmin is hij voorstander van afschaffing van het brandmerk. De combinatie van verbanning, geseling en brandmerk wordt voornamelijk toegepast op verstokte recidivisten van delicten van de tweede orde, d.w.z. de niet-kapitale delicten. Zonder strenge straffen valt het uitschot van de maatschappij ("la vermine de la société") telkens terug in oude ondeugden, voortvloeiend uit luiheid en ledigheid. Op zich zou de momboir er voorstander van zijn vagebonden en lediggangers levenslang of voor een bepaalde tijd op te sluiten in een correctiehuis om hen te leren werken en hun zedelijke staat te verbeteren. Maar in Oostenrijks Gelre beschikt men niet over een verbeterhuis en er zijn geen middelen om een dergelijke inrichting te realiseren; derhalve moeten de beproefde straffen van kracht blijven. Omdat in de oplopende reeks van verbanning, geseling en brandmerk, het brandmerk de zwaarste straf is, en er nadien slechts de doodstraf resteert, kan deze straf niet worden gemist "sans offenser la justice distributive"; en de momboir concludeert "que ce degré de peine doit demeurer dans cette province, faute d'un autre remède plus efficace".

Het advies van de momboir wordt, nadat het op 4 mei 1766 gereed was gekomen, ter hand gesteld van de raadsheer Luytgens, die opnieuw als rapporteur optreedt. Het advies dat op 30 juni 1766 door kanselier en raden wordt vastgesteld, geeft onder invloed van Luytgens echter voor wat betreft de noodzaak van hervormingen op een aantal punten blijk van een geheel andere visie.

Allereerst betuigen zij hun instemming met het uitgangspunt van de missives van 7 augustus 1765 en van 16 april 1766, dat het van primair belang is voor openbare rust en veiligheid, alsmede geluk, leven en eer van de burgers, te beschikken over goede strafwetten, en met name ook over goede regels van strafprocesrecht.

Zij volgen in hoofdzaak de opvattingen van de momboir ten aanzien van de criminele rechtspleging in de matrikeldorpen en vrije heerlijkheden, zij het dat zij in hun voorstellen tot redres verder willen gaan. Zij wijzen op het plakkaat terzake van het hoger beroep bij het Hof van Gelre te Arnhem van 26 maart 1676, dat voorschrijft, dat de schepenbanken van steden en dorpen, al waar men zulks van oudsher gewoon was, hun



Geselbord met de tekst "straff der heyden". 18e eeuw. Geselpaal met patiënt en twee beulen. Op de voorgrond een vuurkorf met brandijzer. Collectie Stedelijk museum Roermond

ontwerp-vonnissen moeten voorleggen aan het Hof, om conform het aloude gebruik geapprobeerd (goedgekeurd) of gereformeerd (herzien) te worden.²⁴ Een vergelijkbaar systeem van "Aktenversendung" heeft men in het jaar 1727 ook in Pruisisch Opper-Gelder ingevoerd. Kanselier en raden zijn er voorstanders van dit systeem ook in Oostenrijks Gelre in te voeren en de strafvonnissen van de schepenbanken van het Overkwartier en de vrije heerlijkheden te onderwerpen aan goedkeuring door het Hof van Gelre (en dus in strafzaken een einde te maken aan de functie van het Hoofdgerecht van Roermond).

Daarmee komen kanselier en raden toe aan een vraagpunt, dat de momboir in zijn preadvies niet had behandeld, namelijk op welke wijze men de kosten van criminele

24. W. VAN LOON, H. CANNegieter, *Groot Gelders Placaetboek*, 3 dln., Nijmegen/Arnhem 1701-1740, dl. 2, kol. 453.

procedures beheersbaar zou kunnen maken, zodat de bezitters van hoge heerlijkheden, die immers niet alleen de lusten maar ook de lasten der processen dragen, niet louter vanwege de hoge kosten misdrijven onvervolgd zouden laten. Zij realiseren zich, dat de door hen voorgestane opzending van procesakten ter fine van approbatie van het concept-vonnis kostenverhogend zal werken. Maar zij achten dit gerechtvaardigd, vanwege de vergroting van de rechtszekerheid, die van de nieuwe maatregel het gevolg zal zijn. Het gaat hier om "(les) frais qui sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté, pour la sûreté de sa fortune, de sa vie et de son honneur."

Bijzonder kort zijn kanselier en raden, ten aanzien van de vraag of het wenselijk is de subalterne gerechten te verplichten de stijl van procederen in criminele zaken van 9 juli 1570 te volgen. Evenals de momboir betogen zij, dat het strafprocesrecht van het GLS geheel en al gebaseerd is op de Ordonnantie op de Stijl. Voor een gedetailleerde, artikelsgewijze vergelijking tussen GLS en Ordonnantie op de Stijl verwijzen zij naar de bijlage van het advies.²⁵ En daarmee komen zij toe aan het pièce de résistance van hun advies, te weten of het wenselijk is de tortuur en het brandmerk af te schaffen of niet. Vanaf dit punt lopen de opvattingen van kanselier en raden en die van de momboir uiteen. Waar de momboir voorstander is van de toepassing van de tortuur, blijken kanselier en raden verklaarde tegenstanders van dit "instituut".

Kanselier en raden merken op, dat zolang de tortuur gebruikt is als middel om een verdachte een bekentenis te ontlokken, ten einde het bewijs te completeren van het kapitale delict waarvan hij wordt verdacht, men over de toelaatbaarheid heeft getwist. Desniettemin is de tortuur gehandhaafd en bestaat ze "chez des nations policées et dans des temps éclairés".

Verre van te willen onderzoeken sinds wanneer en met welk oogmerk men gewoon is de pijnbank toe te passen op vrije mensen, willen zij twee punten onder de aandacht brengen, namelijk, "que dans son institution, la torture est contraire à la justice"; en "que la torture, vicieuse ... dans son principe, est incertaine et trompeuse dans ses effets".

Dat tortuur strijdig is met het recht, blijkt wanneer men dwang in het burgerlijk recht vergelijkt met dwang in het strafrecht. Indien in het burgerlijk recht een overeenkomst onder dwang tot stand is gekomen, dan wordt aan de afgedwongen toestemming ("aveu extorqué") geen geloof gehecht, m.a.w. de overeenkomst is vernietigbaar.²⁶ Het komt kanselier en raden vreemd voor, dat men dan in strafzaken aan een afgedwongen bekentenis ("aveu extorqué") wel geloof zou moeten hechten, en wel op zodanige wijze, dat een rechter met gerust geweten iemand, die aldus onder dwang heeft bekend, ter dood zou kunnen veroordelen.

Daat de tortuur onzeker en bedrieglijk is in zijn gevolgen, wordt door kanselier en raden als volgt geadstrueerd. In de bedoeling van de wetgever dient gebruik van de tortuur te resulteren in de ontdekking van de waarheid door de mond van de verdachte. Maar hoe

25. Cf. O. MOORMAN VAN KAPPEN, De rechtskracht van de ordonnantie op de Stijl van procederen in criminele zaken van 9 juli 1570 in de Oostenrijkse Nederlanden, in: *TRG* 58 (1990) 327-343, t.a.p. blz. 338-341; zie ook: A.M.J.A. BERKVEN'S, *De prealabele consultatie van het Oostenrijks Hof van Gelre als onderdeel van het wetgevingsproces in de achttiende eeuw*, t.a.p. blz. 163-164.

26. Cf. art. 1485 BW (1838) en art. 3.49 e.v. BW.

kan de rechter weten of de verdachte de waarheid spreekt? Het bewijs tegen verdachte is nog niet compleet; de rechter twijfelt derhalve nog aan diens schuld; de verdachte kan onschuldig zijn. De rechter veroordeelt verdachte tot de tortuur en accepteert, dat hij mogelijkwerwijs een onschuldige toevertrouwt aan de handen van de beul. De uitslag wordt nu bepaald door de stamina van de patient. Een schuldige verdachte met een groot uithoudingsvermogen is zeer wel in staat de tortuur zonder te bekennen te doorstaan; een onschuldige verdachte met een lagere pijndrempel zal — "comme le juge lui-même peut-être auroit fait à sa place" — bezwijken onder de pijniging en als een gebleken schuldige ter dood veroordeeld worden. Met instemming citeren zij Ulpianus die ten aanzien van de tortuur opmerkt: *Quaestioni fides non semper, nec tamen numquam habendam constitutionibus declaratur: etenim res est fragilis et periculosa et quae veritatem fallat*.²⁷

Zij schuiven het argument van de momboir, dat de tortuur een oud en beproefd hulpmiddel is, terzijde met de opmerking "que la pratique d'un moyen prouvé injuste, de plus inutilement cruel, et manquant souvent le but que la loi se propose, ne peut jamais passer pour être nécessaire." Zij zijn van mening, dat de tortuur evenals de godsoordelen bijgezet moet worden in het rijtje van achterhaalde onderzoeksmethodes en dat het inwinnen van informatie door de openbare aanklager, door middel van ondervraging en onderzoek, de enige betrouwbare methode is om de (materiële) waarheid te achterhalen. Zowel godsoordelen als tortuur hebben er regelmatig toe bijgedragen, dat onschuldigen werden veroordeeld en schuldigen vrijgesproken. Godsoordelen zijn inmiddels al eeuwen afgeschaft, en niemand verlangt ernaar terug. En dat men zonder tortuur kan, blijkt in Engeland, waar men deze volgens Montesquieu met succes heeft afgeschaft, en ook in Pruisen, waar dit eveneens is geschied.²⁸

Een andere tegenwerping die zij voorzien, is, dat zonder de tortuur heel wat misdaden ongestraft zullen blijven. Kanselier en raden tillen hieraan niet zwaar. Zij vinden dit verkieslijker, dan dat een onschuldige burger ten onrechte aan de tortuur wordt blootgesteld.

Daarmee komen zij toe aan een derde mogelijke tegenwerping. Stel, dat de regering bereid zou zijn de tortuur voor nette burgers, die eenvoudig onder controle te houden zijn, af te schaffen, zou men dan een dergelijke gunst ook moeten bewijzen aan vagebonden en lieden zonder middelen van bestaan, "déjà punisibles par cette qualité seule; souvent d'un caractère atroce et sauvage; que le juge, ..., n'a aucun moyen de connaître; qui dans l'obscurité viennent infester la patrie, y commettre des vols, des meurtres, des incendies." Waarom zou men dergelijke lieden niet behandelen, zoals de Romeinen hun slaven — m.a.w. hen bloot stellen aan de tortuur?

27. D. 48,18,1,23

28. Verwezen wordt naar MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, dl. 1, bk. 6, hfdst. 16; dit moet zijn hfdst. 17, alwaar ten aanzien van de tortuur wordt opgemerkt: "nous voyons aujourd'hui une nation (la nation Anglaise) très bien policée la rejeter sans inconvénient. Elle n'est donc pas nécessaire par sa nature." Voor wat betreft Pruisen wordt verwezen naar de titel "*Des raisons d'établir ou abroger les lois*", in de *Histoire de Brandebourg*. Frederik II schafte bij zijn troonsbestijging in 1740 de pijnbank af voor alle gevallen, met uitzondering van "Massenmord", landverraad en majesteitsschennis. In 1754 verbood hij ze volledig. Cf. J.M. MICHIELS, *Cesare Beccaria. Over misdaden en Straffen*, Antwerpen/Zwolle²1982, blz. 89, nt. 1.

Kanselier en raden stellen zich hier op het standpunt, dan men vagebonden weliswaar niet met dezelfde égard hoeft te behandelen als nette burgers; maar het gaat hen te ver om hen, zonder wettig bewijs, te straffen alsof zij schuldig zijn aan misdaden, omdat zulks in strijd zou zijn met de menselijkheid. Zij merken op, dat de tortuur geen geschikt middel is om de overlast van vagebonden en lieden zonder middelen van bestaan te beperken. Zij verwachten in dit opzicht meer heil van de oprichting van een "maison de force", alwaar men dergelijke lieden voor eeuwig, of voor bepaalde tijd zou kunnen opsluiten en waar zij door middel van dwangarbeid in hun onderhoud zouden moeten voorzien. Deze gevangenis zou tevens plaats kunnen bieden voor burgers, die zijn veroordeeld tot straffen zwaarder dan verbanning, maar minder dan de doodstraf. Zij geven de landvoogd in overweging een dergelijke gevangenis op te doen richten, hetzij voor Oostenrijks Gelre alleen, hetzij met de landen van Limburg en Overmaze gezamenlijk, danwel goed te vinden, dat de veroordeelden uit deze gebieden hun straf in Brabant zouden ondergaan.

Een minderheid van de raadsheren in het Hof "également convaincus des dangers de la torture, mais craignant les suites de son abolition" zou ondanks deze pregnante bezwaren de tortuur toch willen handhaven, maar de toepassing ervan willen binden aan toestemming door het Hof. "Mais ceci est désapprouvé par la pluralité ..."

Alleen in het kader van de ontdekking van medeplichtigen zien kanselier en raden mogelijk enig nut in de toepassing van foltering op een verdachte, wiens schuld inmiddels op andere wijze is komen vast te staan. Omdat de veroordeelde ten gevolge van het vonnis reeds is beroofd "de ses droits à la société qu'il quitte", acht men deze uitzondering gerechtvaardigd.

Ook ten aanzien van de vraag of het wenselijk is de bijkomende straf van het brandmerk af te schaffen, verschillen kanselier en raden met de momboir van mening. In tegenstelling tot de momboir zijn zij duidelijk voorstanders van de afschaffing van deze straf, die aan degene die aldus gemerkt is elke kans ontnemt zich te verbeteren, omdat hij zijn brandmerk tot aan de dood met zich draagt. Als een tot verbanning en geseling veroordeelde een zwaardere straf verdient, volstaat het de geseling te verdubbelen.

Voor wat betreft het eventuele *ius constituendum* merken kanselier en raden op, dat wijzigingen van het GLS instemming behoeven van de Staten van het Overkwartier. Omdat zij onzeker zijn, of hun voorstellen de instemming hebben van de landvoogd, hebben kanselier en raden gemeend van een en ander vooralsnog geen mededeling te moeten doen aan de Staten. Zij menen echter, dat de regering bij wijzigingen van de strafwet geen rekening zou hoeven houden met het Beispruchsrecht van de Staten, aangezien "l'administration de la justice criminelle ... appartient indubitablement au gouvernement général". Zij geven de regering in overweging, de Staten verder niet bij een eventuele herziening van het strafrecht te betrekken.²⁹ Ten opzichte van het advies

29. In Brabant en Vlaanderen werden de Staten nadrukkelijk wel bij de beantwoording van de missive van 16 april 1766 betrokken. Cf. M.S. DUPONT-BOUCHAT, *La réforme du droit pénal dans les Pays-Bas autrichiens*, blz. 75. In Oostenrijks Gelre is de inhoud van het advies derhalve door de juristen en niet door "les politiques" bepaald.

over de bestrijding van frauduleus bankroet, waar men zich juist achter het instemmingsrecht van de Staten verschool, is dit een opmerkelijke verandering van opvattingen.³⁰

Vreesden zij wellicht, dat de Staten minder "verlicht" zouden zijn?

Samenvattend kan men stellen, dat kanselier en raden, gebruikmakend van de opvattingen van Montesquieu, die in het advies geciteerd wordt, en van Beccaria, die niet geciteerd maar wel geparafraseerd wordt, een verlicht en progressief standpunt innemen ten aanzien van de afschaffing van pijnbank en brandmerk.

In het betoog van kanselier en raden over de tortuur vindt men een aantal elementen terug uit hoofdstuk over de pijnbank van Cesare Beccaria's *Dei Delitti e delle Pene*, zoals de idee dat uit het beginsel, dat men niemand als schuldig mag beschouwen, zolang de rechtbank geen vonnis heeft gevelde, voortvloeit dat men niet de tortuur als "straf" met het oogmerk van waarheidsvinding mag toepassen, de vergelijking van de tortuur met de vroegere barbaarse wetgeving over godsoordelen, en de beschouwing over de kansen van een schuldige met groot uithoudingsvermogen om de tortuur te doorstaan in vergelijking met de kansen van een onschuldige met een lagere pijndrempel, waar de opvattingen van Beccaria nauwkeurig worden gevolgd. Alleen zijn opvattingen over de onwenselijkheid de tortuur te gebruiken ter opsporing van medeplichtigen wordt door kanselier en raden niet gedeeld.³¹

Hoewel zij nog wel onderscheid maken tussen "nette" burgers en vagebonden, zien zij deze laatste categorie niet langer als een soort "Untermenschen", maar wel degelijk als vrije mensen, die voor wat betreft de tortuur niet anders behandeld zouden mogen worden dan de keurige "citoyen". Men kan hierin desgewenst een eerste aanzet tot het gelijkheidsbeginsel zien.

Advies terzake van de bestraffing van "domestieke diefstallen" (1766)³²

In tegenstelling tot de hierboven besproken adviezen uit 1756 en 1758, die gekenmerkt worden door een strikt ambtelijke benadering, heeft het advies terzake van de bestraffing van domestieke diefstal — dit is diefstal, door (huis-)personeel ten nadele van hun patroon gepleegd —, evenals het hiervoor besproken advies over de afschaffing van de tortuur, meer het karakter van een geannoteerde, wetenschappelijke verhandeling.

Bij missive van de Geheime Raad van 18 augustus 1766 werd aan kanselier en raden een ontwerp-edict voorgelegd, dat tot doel had "qu'il soit statué des peines proportionnées à l'énormité de ce crime, qu'il importe au bien de nos fidels sujets de punir d'autant plus sévèrement, qu'il est devenu plus fréquent et qu'il n'est pas possible que les maîtres, qui doivent nécessairement se fier à leurs domestiques, puissent se garantir de leur infidélité." In het bijzonder is de Geheime Raad geïnteresseerd in de opinie van het Hof betreffende de in het ontwerp opgenomen aangifteplicht; tevens staat men open voor

30. Zie hiervóór blz. 140.

31. BECCARIA, *Over misdaden en straffen*, blz. 79-90.

32. RAL, Hof van Gelre, inv. 55, fol. 21-33

suggesties met betrekking tot de bestraffing van helers van bij domestieke diefstal ontvreemde goederen.

In de considerans van het ontwerp-edict wordt gesteld, dat diefstal van oudsher in de Nederlanden is beschouwd als een van de "*délits qui blessent les droits de la société civile et ceux de la loi naturelle*", en als zodanig strafbaar met de galg, tenzij de rechter, wegens de geringe waarde van het gestolen goed, meende met een lichtere straf te moeten volstaan. De Geheime Raad heeft echter geconstateerd, dat rechters in afwijking van deze regel, voor domestieke diefstal — in hun opvatting wegens het misbruik van vertrouwen een gekwalificeerd delict — veelal geneigd zijn een lichte straf op te leggen, "*tandisqu'il importe, pour la sureté publique, de maintenir l'ancienne règle*". Daarom wordt voorgeschreven, dat domestieke diefstal in beginsel altijd met de galg moet worden gestraft. Bij uitzondering mag de rechter in lichte gevallen volstaan met geseling en verbanning (art. 1). Men is van mening, dat het probleem van de domestieke diefstallen mede daaraan te wijten is, dat meesters en meesteressen "*par une délicatesse mal placée*" van dergelijke delicten geen aangifte doen, maar ermee volstaan hun knechten te ontslaan, met als gevolg, dat de ontslagen delinquent elders opnieuw een dergelijk delict kan plegen "*dont la dissimulation des premiers [maîtres] est la cause indirecte*". Om deze causaliteitsketen te doorbreken, wordt de werkgever op straffe van *fl.* 300 boete verplicht aangifte te doen van domestieke diefstal (art. 2).

Deze concept-verordening is in eerste instantie ter fine van advies voorgelegd aan het officie-fiscaal van het Hof van Gelre (20 september 1766) en vervolgens hebben ook kanselier en raden zelf hun opvattingen geformuleerd (8 oktober 1766).

In de opvatting van de momboir valt bestraffing van domestieke diefstal onder GLS 371 §7, art. 1-2.³³ Deze bepalingen houden in, dat een dief zijn leven verbeurt en de galg verdient, tenzij de rechter aanleiding ziet om met een mildere straf te volstaan. De voorgestelde regeling en de bestaande regeling van het GLS zijn voor wat betreft het strafmaximum derhalve gelijk. De voorgestelde regeling met betrekking tot de mogelijkheid een mildere straf op te leggen, is echter ongunstiger, omdat de strafmaat niet aan de beoordelingsvrijheid van de rechter wordt overgelaten, zoals in het GLS, maar in de regeling is gefixeerd. Desondanks acht de momboir art. 1 aanvaardbaar. Meer problemen verwacht hij bij het invoeren van de aangifteplicht. Hij voorziet hier gewetensbezwaren en daarnaast ook uitvoeringsproblemen. Hij vermoedt, dat geestelijken, uit vrees "*irregularis*" te worden, als door hun toedoen bloed zou worden vergoten, en "*génies petits et âmes dévotes*", uit angst een doodzonde te begaan, wanneer zij door hun aangifte zouden bewerkstelligen, dat iemand ter dood zou worden veroordeeld, geneigd zouden zijn zich aan de aangifteplicht te onttrekken. Daarnaast wijst hij erop, dat domestieke diefstal zich als regel in de private sfeer afspeelt, en derhalve zonder medewerking van de werkgever

33. GLS 371 § 7, art. 1: Ein dieff verbeurt naer landts gebruyck sijn lijff, ende verdient die galge, sonder dat hie volstaet mit pene van rechte van twee ofte vierdobbel: Ten waere dat het gericht mits de cleinicheit van de dieverije, oft andere oirsake, bevonde, dat hie mit mindere straiFFE behoorde te volstaen.

art. 2. D'welck oick plaetse grijpt, ten aensien van knechten ende dienstmaeghden, die in 't huys daer sie woenen, stelen, ende hunne meister, vrouwe, ofte huysgesin, iet ontdragen, wie oick in gasten, die hunnen weerdt oft weerdinne bestelen, oft iet uuyt den huysse ontdragen, daer sie geherberghet sijn geweest.

niet te ontdekken valt. De momboir twijfelt dan ook aan de praktische uitvoerbaarheid van art. 2, dat zijns inziens alleen nut heeft als middel om domestieken mee te dreigen. Onder verwijzing naar Dig. 47,16,1 stelt de momboir tenslotte voor, helers eveneens met de galg te straffen "sous les modifications, néanmoins et restrictions, que les criminalistes et entre autre mons^[ieu]r. Damhouder en sa Practique Criminelle, ch. 116 et 117 y donnent".³⁴

In tegenstelling tot de momboir, die gematigd positief staat tegenover de voorstellen van de Geheime Raad, wijzen kanselier en raden het ontwerp in kritische bewoordingen vrijwel volledig af. Om te beginnen stellen zij zich op het standpunt, dat domestieke diefstal, zonder verdere bezwarende omstandigheden, als eenvoudige diefstal beschouwd zou moeten worden. Zolang domestieke diefstal niet gepaard gaat met braak of geweld, is er in feite geen sprake van een aantasting van de openbare veiligheid, die strenge straffen zou kunnen rechtvaardigen. "L'harmonie, qui doit être dans la proportion des peines avec le délit" brengt met zich mee, dat er een duidelijk verschil in strafmaat zou moeten bestaan tussen gekwalificeerde diefstal en de simpele diefstal. Indien men de straf voor domestieke diefstal zou afleiden uit de aard van dit delict, dan zou deze moeten bestaan uit teruggave van de zaak, voldoening van de eigenaar en een "punition correctionnelle", evenredig aan de mate, waarin "la tranquillité publique, la sureté des biens des citoyens et la bonne police s'en trouvent choquées".

Ter adstructie van hun mening, "[que] la vie de l'homme avec quelque bien derobé ne sont pas à mettre en balance"³⁵, schetsen kanselier en raden in een historisch exposé de bestraffing van diefstal vanaf de Draconische wetten, via de Wet der Twaalf Tafelen, de Joodse wetgeving en het latere Romeinse recht, tot en met art. 61 der Criminele Ordonnantie van 5 juli 1570, om aan te tonen, dat lichte gevallen van diefstal niet zonder meer met de dood gestraft zouden mogen worden. Desniettemin kunnen kanselier en raden zich voorstellen, dat er bijzondere omstandigheden "prises dans le bien-être de l'état" zouden kunnen zijn, die de wetgever zouden kunnen noodzaken "à statuer des peines sévères, celle même du dernière supplice, contre certains vol simples, tel petit aussi qu'en seroit l'objet". Zij analyseren daartoe de overwegingen van de Geheime Raad, die zijn neergelegd in de adviesaanvraag. Zij vinden de overweging, dat domestieke diefstal, wegens het misbruik van vertrouwen, en vanwege het feit, dat werkgevers hun eigendommen vrijwel niet tegen kwaadwillig personeel kunnen beveiligen op zich een valide argument, om hiertegen streng op te treden. Maar op lichtelijk ironische toon constateren zij wel, dat er met twee maten gemeten wordt, als men wel streng optreedt tegen domestieke diefstal, en tegelijkertijd misbruik van openbare middelen niet of nauwelijks bestraft, met als gevolg, dat fraudes met openbare middelen "semblent aujourd'hui avoir même avoir perdu le nom de vol qu'elles méritent et qu'elles ont toujours portées". Zij wijzen de opvatting af, dat domestieke diefstal schadelijker zou zijn voor de openbare rust en nemen duidelijk afstand van de idee, dat "les domestiques sont d'une condition plus basse, à quoi les loix veulent qu'on ait regard". Ook het argument, dat de

34. J. DAMHOUDER, *Practycke ende handbouck in criminele zaeken*, Leuven 1555, hfdst. 116, "Van ontfanghen van dieften oft vant herberghen tgestolen goet", hfdst. 117, "Van ghestolen goet te coopenen".

35. Deze formulering lijkt rechtstreeks ontleend te zijn aan BECCARIA, *Over misdaden en straffen*, blz. 166.

toegenomen frequentie van het delict strengere bestraffing noodzakelijk maakt, vermag kanselier en raden niet te overtuigen. Zij zijn van mening, dat toename van delicten eerder daaraan te wijten is, dat de bedreigde straffen niet ten uitvoer worden gelegd, dan dat de bedreigde straffen niet streng genoeg zouden zijn, een argument dat Beccariaans aandoet.³⁶

Vervolgens stellen zij zich de vraag, of de voorstellen van de Geheime Raad wel doelmatig zijn. Zij wijzen in dit verband op de paradox, "qu'un excessive rigueur dans la peine est souvent la cause que le crime reste impuni"³⁷, hetgeen wordt geïllustreerd met een verwijzing naar art. 160 van de Codex Criminalis Carolina (CCC), dat de doodstraf stelt op diefstal van goederen, die de waarde van *fl.* 5,-- te boven gaan en een citaat, ontleend aan Pestel, *Abrégé chronologique de l'Histoire d'Allemagne*³⁸, waarin wordt opgemerkt, dat de CCC de reputatie heeft "la plus sévère et la moins observée de l'Europe" te zijn. Kanselier en raden veronderstellen, dat het publiek niet is geneigd tot aangifte over te gaan, dat het openbaar ministerie niet bereid is te vervolgen en rechters al evenmin bereid zijn tot veroordeling over te gaan, zolang men van mening is, dat er van evenredigheid tussen delict en straf geen sprake is. "Une peine modérée et proportionnée autant qu'il se peut à la gravité du délit, fait trouver partout des dénonciateurs, des accusateurs et des juges." Zij stellen daarom voor, domestieke diefstal niet langer met de galg te straffen, maar deze straf te vervangen door dwangarbeid of gevangenisstraf, waarbij de duur van de straf gerelateerd dient te zijn aan het belang van de gestolen zaak en de omstandigheden van het delict. Bij diefstal van zeer gering belang zou moeten worden volstaan uit inhouding van loon, een kleine boete en teruggave van de zaak.

Zolang men in de Oostenrijkse Nederlanden nog niet beschikt over daartoe geschikte penitentiare inrichtingen, geven kanselier en raden er de voorkeur aan, het strafstelsel van het GLS te handhaven, omdat het GLS, anders dan het ontwerp-edict, de rechter voldoende vrijheid van oordeel laat om de omstandigheden van het geval ten gunste van de verdachte van domestieke diefstal te laten meewegen.³⁹ Het enige onderdeel van art. 1 van het ontwerp-edict, dat genade kan vinden in de ogen van kanselier en raden, is het ontbreken van een financieel criterium, om de grens te bepalen tussen de ernstige, met de galg strafbare domestieke diefstal en de minder ernstige vormen, die met geseling en verbanning gestraft zouden moeten worden. "Il est triste de voir dans une loi à combien la vie d'un citoyen est estimée ..."

Ten aanzien van de aangifteplicht op straffe van een boete van *fl.* 300,-- , zoals voorzien in art. 2 van het ontwerp, hebben kanselier en raden eveneens ernstige bedenkingen. Zij

36. CESARE BECCARIA, *Over misdaden en straffen*, ingeleid van aantekeningen voorzien en vertaald door J.M. Michiels, Zwolle 1982, blz. 132.

37. Cf. BECCARIA, *Over misdaden en straffen*, blz. 107; MONTESQUIEU, *Lettres Persanes*, brief lxxx; MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, dl. 1, bk.6, hfdst. 9 en 12.

38. De referentie naar Pestel is onjuist. Dit moet zijn PFEFFEL, *Abregé chronologique de l'Histoire et du droit public d'Allemagne*, Parijs 1766, 2 dln.

39. Cf. E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen 1964³, blz. 223, die ten aanzien van de "aufgeklärte" strafrechtsgeschiedenis Hommel vermeldt, dat deze van mening was, dat men de rechter bij de interpretatie van verouderde wetten, zoals de CCC, grote vrijheid bij de uitlegging daarvan zou moeten toestaan, om te voorkomen, dat de strafrechtspraktijk niet alle goodwill bij het ontwikkelde publiek zou verspelen.

stellen hier de bescherming van de private sfeer van de burgers voorop en constateren, dat het niet in het algemeen belang is, dat een misdrijf dat niet notoir is, en waarvan de schade is hersteld of waarover de benadeelde zich niet beklaagt, desondanks wordt bestraft. Met een verwijzing naar de "*délicatesse mal placée*", waarvan in het ontwerp sprake is, merken zij op, dat het in de aard van de bevolking ligt, dat veel meesters en meesteressen liever een boete van *fl.* 300,-- zouden betalen, dan hun knecht of meid bloot te stellen "*à l'infamie publique*". Het Hof is van mening, dat het wel erg hard zou zijn, iemand, die eerst al de pech heeft gehad bestolen te zijn door een knecht, vervolgens voor de keuze te stellen, hem te laten ophangen, of zelf de wet te overtreden. Met de suggestie, dat lankmoedige meesters er de indirecte oorzaak van zijn, dat hun ontslagen domestieken elders opnieuw kunnen toeslaan, maakt het Hof korte metten, door op te merken, "*que les causes indirectes, souvent éloignées non plus que les ommissions sans malice, ne sont guères assujettis aux peines*". Bij wijze van alternatief stellen kanselier en raden voor, dat men geen domestieken in dienst zou moeten nemen, tenzij deze van goede referenties zijn voorzien.

Los van deze principiële bezwaren tegen de voorgestelde aangifteplicht, stellen zij zich als overtuigde anti-clericalen en voorstanders van de scheiding van kerk en staat, ten aanzien van de eventuele gewetensbezwaren van geestelijken en vrome lieden, waar de momboir aandacht voor had gevraagd, op het standpunt, dat het canonieke recht in dat probleem reeds voorzag, en dat geestelijken heel goed weten "*qu'ils sont obligés indispensablement à se conformer aux lois de l'Etat, non seulement pour ne pas encourir la juste punition temporelle, mais aussi en conscience*".

Voor wat betreft de bestraffing van helers, tenslotte, sluiten kanselier en raden zich aan bij de opvattingen van de momboir.

Samenvattend kan men stellen, dat kanselier en raden binnen het traditionele referentiekader van het Romeinse recht en de criminalisten, zonder rechtstreeks de opvattingen van modernere auteurs te citeren, afstand nemen van het ontwerp en op verlichte wijze pleiten voor bescherming van de persoonlijke vrijheid van de burger tegen de overheid, gelijke behandeling van domestieke diefstal en verduistering van publieke middelen, proportionaliteit van straf en delict, en "*last but not least*" humanisering van de voor domestieke diefstal op te leggen straffen. Hun opmerkingen hebben echter geen merkbare invloed gehad op de ordonnantie terzake van domestieke diefstallen van 23 juli 1767, die in Oostenrijks Gelre op 11 augustus 1767 in werking trad.⁴⁰

Nader advies over de afschaffing van tortuur en de oprichting van verbeterhuizen (1771)⁴¹

Aangezien de gewestelijke justitiehoven in 1765/'66 — met uitzondering van het Hof van Gelre — negatief stonden tegenover afschaffing van pijnbank en brandmerk, heeft

40. A.M.J.A. BERKENS, *Plakkatenlijst Overkwartier 1665-1794*, dl. 2, blz. 338-339.

41. RAL, Hof van Gelre, inv. 56, fol. 123-127; missive Geheime Raad met bijlagen (*Observations sur la torture; Observations sur l'insuffisance et les inconvénients des peines afflictives*), fol. 127-171.

de centrale regering haar plannen niet willen doordrijven, maar een nieuwe gelegenheid afgewacht om deze opnieuw onder de aandacht te brengen. Die gelegenheid deed zich voor toen in februari 1771 een gratieverzoek werd ingediend ten gunste van Pierre Hofmans, die bijna tachtig uur aan de pijnbank was blootgesteld. In opdracht van de gevolmachtigd minister diende de Geheime Raad opnieuw na te gaan op welke wijze het misbruik van de pijnbank zou kunnen worden beperkt. De Geheime Raad belastte op 24 februari 1771 Goswin de Fierlant, raadsheer in de Geheime Raad, met het opstellen van twee memories, één betreffende de afschaffing van de tortuur en één betreffende de afschaffing van lijfstraffen en de oprichting van verbeterhuizen in de provincies, waarover de gewestelijke hoven zich tegelijkertijd zouden moeten uitspreken. De tekst van de nota's werd op 13 april 1771 vastgesteld, op 23 april aan de gevolmachtigd minister voorgelegd en op 22 juni 1771 in gedrukte vorm aan de gewestelijke hoven toegezonden.⁴²

Aangezien kanselier en raden zich in 1766 reeds onomwonden hadden uitgesproken voor afschaffing van de tortuur, wordt van hen slechts een beperkt advies verwacht. Zij worden verzocht zich aan de hand van beide memories opnieuw uit te spreken over het enige geval, waarin zij in 1766 nog voorstander waren van tortuur, namelijk ter ontdekking van medeplichtigen van een reeds ter dood veroordeelde misdadiger.⁴³

In hun "Naerder Advys" van 23 juli 1771 benadrukken kanselier en raden, dat toen zij in hun advies van 1766 stelden, dat toepassing van tortuur in hun ogen aanvaardbaar was ter ontdekking van medeplichtigen van een reeds ter dood veroordeelde misdadiger, zij daarbij bijzondere omstandigheden voor ogen hadden. Het zou moeten gaan om een gruwelijke misdaad, waaronder zij — "avec l'auteur du Traité des Délits et des Peines"⁴⁴ — delicten zoals moord of erger verstaan; ten tweede moet het delict van dien aard zijn, dat ook na de veroordeling van de beklaagde sprake is van gevaar voor de openbare veiligheid⁴⁵; ten derde, moet het delict zodanig zijn, dat de veroordeelde het onmogelijk alleen had kunnen plegen; en ten vierde, zou de veroordeelde niet door middel van gewetensdwang of anderszins tot medewerking aan het ontdekken van zijn medeplichtigen te bewegen moeten zijn. De ervaring heeft kanselier en raden geleerd, dat men in dergelijke gevallen niet buiten de tortuur kan om de waarheid te ontdekken, en ook na zorgvuldige lezing van de *Observations sur la torture*, zien kanselier en raden

42. E. HUBERT, Un chapitre de l'histoire du droit criminel dans les Pays-Bas autrichiens au XVIII^e siècle. Les mémoires de Goswin de Fierlant, in: *Compte rendu des séances de la Commission royale d'Histoire*, 5^e série, dl. 5, Brussel 1895, blz. 154-253, t.a.p. blz. 158-160; M.S. DUPONT-BOUCHAT, *La réforme du droit pénal dans les Pays-Bas autrichiens à la fin de l'Ancien Régime (1765-1787)*, blz. 78.

43. De verwijzing naar het advies uit 1766 bracht kanselier en raden enigzins in verlegenheid, aangezien men ter griffie van het Hof van Gelre niet meer over de tekst beschikte. Desgevraagd heeft de Geheime Raad daarom bij brief van 8 juli 1771 het originele advies uit 1766 ter inzage gestuurd (cf. RAL, Hof van Gelre, inv. 56, fol. 81-82).

44. Verwezen wordt naar § 13. De la durée de l'instruction et de la prescription; cf. CESARE BECCARIA, *Over misdaden en straffen*, blz. 91-96.

45. Als voorbeelden worden genoemd samenzwering tegen de staat, landverraad, gifmoordenaars die niet willen vertellen van wie zij hun "poudre de succession" hebben betrokken, of leden van een bende waarvan men weet, dat die zich schuldig heeft gemaakt aan moord of brandstichting. Zolang in dergelijke gevallen de medeplichtigen niet bekend zijn "une multitude d'hommes restent livrés à des dangers imminens."

geen reden om op hun eerder ingenomen standpunt terug te komen. Zij blijven bij hun mening, dat pijniging van een veroordeelde misdager, ten einde de namen van diens medeplichtigen te achterhalen geoorloofd is, omdat de veroordeelde ten gevolge van het vonnis zijn rechten als lid van de maatschappij reeds heeft verwerkt; er is derhalve geen sprake van "aucun des inconveniens, qui dans les autres cas font si justement proscrire l'usage de la torture".

Hoewel zij instemmen met "l'auteur du Traité des délits et des peines", dat het onrechtvaardig is iemand te pijnigen voor de misdaad van een ander, zijn zij van mening, dat dit argument niet opgaat in het geval een veroordeelde misdadiger niet bereid is de namen van zijn medeplichtigen prijs te geven. Hij wordt in dat geval namelijk gepijnigd voor zijn eigen delict, "qu'il continue de commettre, en voulant obstinément garder un secret qui menace la Société qu'il va quitter".⁴⁶

Kanselier en raden zijn niet bevreesd, dat de gepijnigde veroordeelde anderen valselijk zal beschuldigen, aangezien zijn bekentenis voor de rechter hooguit een aanwijzing oplevert die in het verdere onderzoek door andere bewijsmiddelen aangevuld en bevestigd moet worden. Kennelijk is voor hen de *confessio* niet langer de onbetwiste *regina probationis*.

Ten aanzien van het tijdstip, dat dit pijnlijk verhoor zou moeten plaatsvinden, zijn kanselier en raden van mening, dat dit het beste kan geschieden na de veroordeling. Zij verwijzen daarbij naar de praktijk in Frankrijk, waar men in de *Ordonnance Criminelle* van 1670 een onderscheid maakt tussen de "question préparatoire", d.w.z. de pijnlijke ondervraging van een verdachte, en de "question préalable", de pijnlijke ondervraging van een veroordeelde, met het oogmerk diens medeplichtigen te ontdekken.⁴⁷

Zij besluiten hun advies door hun volledige instemming te betuigen met inhoud en strekking van "Observations sur l'insuffisance et les inconveniens des peines afflictives". "Nous ne trouvons de même rien à ajouter à la voix de l'humanité, qui semble l'avoir dicté". Men spreekt de hoop uit, dat het nieuwe strafstelsel spoedig zal worden ingevoerd, en dat de regering op korte termijn er toe zal overgaan de doodstraffen, gesteld op delicten, die niet gerekend kunnen worden tot "la classe des crimes atroces", eveneens door gevangenisstraffen te vervangen. M.a.w. de voorstellen van Goswin de Fierlant gaan kanselier en raden voor wat betreft de afschaffing van "les peines afflictives" nog lang niet ver genoeg.

Advies betreffende de bestraffing van hulpverlening aan deserteurs (1773)⁴⁸

Bij brief van 5 februari 1773 vraagt de Geheime Raad advies over het ontwerp van een nieuwe ordonnantie terzake van de bestraffing van hulpverlening aan deserteurs. In het

46. Cf. BECCARIA, *Over misdaden en straffen*, blz. 85-86.

47. Kanselier en raden willen de question préalable alleen toepassen op de hierboven genoemde categorie delicten. Zij wijzen de question préalable in andere gevallen, waar deze volgens de Ordonnance Criminelle van 1670 geoorloofd zou zijn, nadrukkelijk af.

48. RAL, Hof van Gelre, inv. 58, fol. 146-152

bijzonder is men geïnteresseerd in de opvattingen van kanselier en raden over de vraag, of het wenselijk is ten aanzien van geestelijken in het algemeen en bedelorden in het bijzonder speciale strafbepalingen op te nemen, en of het al dan niet wenselijk is de doodstraf voor dit delict te handhaven.

Het bijgevoegde ontwerp bestaat uit 10 artikelen. In de considerans wordt uiteengezet, dat de bestaande wetgeving tegen het verlenen van medewerking aan desertie onvoldoende wordt nageleefd, en dat men het daarom nuttig heeft geoordeeld de desbetreffende bepalingen opnieuw te redigeren, de sancties te vernieuwen en er enige maatregelen in verband met de uitvoering aan toe te voegen.

In hoofdzaak verbiedt het ontwerp alle onderdanen, leken en geestelijken, ongeacht hun staat of conditie, deserteurs te verbergen, hen op enigerlij wijze te helpen, of hun wapens of uitrustingsstukken aan te kopen, op straffe van een boete van 100 ecus voor "first offenders", te verdubbelen in geval van recidive, en bij een derde veroordeling te vervangen door geseling, brandmerk en eeuwige verbanning (art. 1).⁴⁹ De straf van geseling, brandmerk en verbanning mogen de rechters onder omstandigheden desgewenst mitigeren. Met name mogen zij deze straf, in het geval de veroordeelde "notoirement solvable" is, vervangen door een boete van minimaal *fl* 3000,- (art. 3). Art. 9 bepaalt, dat indien een klooster van een bedelorde bij de hulpverlening aan deserteurs betrokken is geweest, en men niet in staat is de opgelegde boete te betalen, dat het klooster dan moet worden opgeheven. Grond en gebouwen zullen in dat geval worden verkocht, en de baten bestemd voor een door het bestuur te bepalen goed doel (art.9).

Kanselier en raden reageren in hun advies van 3 maart 1773 positief. Zij zijn van mening, dat het ontwerp de verschillende met hulpverlening aan deserteurs samenhangende strafbare feiten goed analyseert, "et que surtout elle proportionne avec plus de justesse la peine au délit". Zij zijn er bijzonder over te spreken, dat de doodstraf, die in de ordonnances van 18 mei 1753 en van 14 november 1755 nog was voorgeschreven, in het ontwerp is afgeschaft. Men vindt de doodstraf voor hulpverlening aan deserteurs "trop rigoureux" en eerder passend als straf voor de deserteur, "qui de dessin prémédité quitte frauduleusement le service militaire auquel il s'étoit lié par serment", dan voor hulpverleners, die vaker bij toeval dan met opzet er bij betrokken raken. Zij menen, dat de thans voorgestelde straffen in de praktijk eerder ingang zullen vinden, dan voorheen de doodstraf, die bij hun weten nooit is opgelegd voor dit delict.

Voor wat betreft de vraag, of het wenselijk is aparte straffen op te nemen voor geestelijken die zich met hulpverlening aan deserteurs inlaten, zijn kanselier en raden van mening, dat daartoe geen noodzaak bestaat "comme ils sont sujets de l'État ni plus ni moins que les laïcs, parmi lesquels la loi n'excepte ni distingue personne". Wel acht men het — met een verwijzing naar *Liber sextus decretalium* 5,4,2 — zinvol, geestelijken nadrukkelijk in de wet te noemen, zodat zij zich moreel gesteund weten, wanneer zij onder druk gezet worden om deserteurs te helpen. Het is immers bekend, dat veel geestelijken hun medewerking verlenen "par la fausse crainte d'encourir l'irrégularité, en contribuant, même indirectement, à quelque peine de mort ou de mutilation". Met de voorgestelde

49. Het is merkwaardig te zien, dat waar de Geheime Raad in 1771 door middel van de *Observations sur l'insuffisance et les inconvénients des peines afflictives* de afschaffing van het brandmerk trachtte te bewerkstelligen, zij in dit wetsvoorstel in 1773 zelf het brandmerk weer als straf voorstelt.

straf voor kloosters van bedelordes kan men zich geheel verenigen, hoewel men aanneemt "que, le cas arrivant, ils ne manqueront point de trouver la somme requise." Men besluit met de mededeling, dat men alle beschikkingen zoals in het ontwerp neergelegd (te zijner tijd?) zal overnemen.

Het is opmerkelijk, dat de Geheime Raad en het Hof van Gelre in dit geval vrijwel op één lijn zitten, voor wat betreft de proportionaliteit van straf en delict en de humanisering van de straf, en dat kanselier en raden alleen voor wat betreft het gelijkheidsideaal nog een stapje verder zouden willen gaan, door geen bijzondere straffen voor personen van de geestelijke stand te willen invoeren, maar hen op gelijke voet als "gewone" burgers te willen behandelen. Voor zo ver ik heb kunnen nagaan, is het ontwerp echter niet als wet ingevoerd.

Advies over de interpretatie van het plakkaat van 4 januari 1744 betreffende de bestraffing van valsheidsdelicten (1773/'74)⁵⁰

Bij missive van de Geheime Raad van 22 september 1773 worden kanselier en raden gevraagd van advies te dienen met betrekking tot de interpretatie van het plakkaat van 4 januari 1744, betreffende de bestraffing van valsheidsdelicten. Door middel van dit plakkaat was op verzoek van de Raad van Brabant indertijd een verzwaarde sanctie gesteld op valsheidsdelicten.

Volgens het plakkaat is het moedwillig produceren van valse akten, het opzettelijk vals beschuldigen van kapitale misdrijven, het geven van valse getuigenis terzake, en het aanzetten tot dergelijke delicten met de dood strafbaar. Zelfs indien het *ius scriptum* of de plakaten de doodstraf niet dwingend voorschrijven, wordt het de rechter aanbevolen toch naar deze remedie te grijpen. Indien de rechter tijdens een proces met enig valsheidsdelict wordt geconfronteerd, moet hij de officier van justitie een criminele actie terzake doen instellen. Rechterlijke officieren die nalaten valsheidsdelicten te vervolgen, riskeren ontzetting uit hun ambt. Indien zij de bedrivers van dergelijke delicten begunstigen, dan wacht hun de doodstraf. Teneinde het aantal processen wegens meened te beperken, wordt het notarissen verboden om bij het passeren van akten eden af te laten leggen.

Volgens de Geheime Raad wordt het plakkaat in de praktijk door sommige rechters zo uitgelegd, als zou de doodstraf slechts opgelegd kunnen worden, indien de beschuldigde er in zou zijn geslaagd het beoogde nadeel ten opzichte van zijn slachtoffer inderdaad te realiseren, terwijl het delict niet met de dood strafbaar zou zijn, indien het beoogde effect niet gerealiseerd zou zijn, bijvoorbeeld doordat de boosaardige toelog tijdig door deze of gene was ontdekt. Andere rechters gaan nog verder, door — ondanks het feit dat het misdrijf voltooid is — de schuldige niet ter dood te veroordelen, wanneer hij, of zijn

50. RAL, Hof van Gelre, inv. 59, fol. 65-70; voor de tekst van het plakkaat van 4 januari 1744, zie: *Recueil des Ordonnances des Pays-Bas*, 3^e série, dl. 5, blz. 586; A.M.J.A. BERKVEN, *Plakkatenlijst Overkwartier 1665-1794*, dl. 2, blz. 244.

familie, vóór de einduitspraak de civiele partij hebben schadeloos gesteld voor het geleden nadeel.

Met het oogmerk te komen tot een vaste richtlijn voor de rechters, legt de Geheime Raad thans drie vragen voor. Ten eerste wil men weten of het aanbeveling verdient te bepalen, dat het voor de oplegging van de in het plakkaat bedreigde straffen niet noodzakelijk is, dat werkelijk aanzienlijke schade het gevolg is geweest van het bedrog, maar dat het volstaat, dat dergelijke schade het gevolg geweest zou zijn, als het bedrog niet tijdig was ontdekt. Vervolgens wil men weten, of men bij de vaststelling of er al of niet sprake is van een aanzienlijk nadeel, rekening zou moeten houden met de welstand van de benadeelde, of dat men ook onafhankelijk van de welstand van de benadeelde kan vaststellen, dat er sprake is van een aanzienlijk nadeel, en tenslotte op welk bedrag in geld men dit aanzienlijke nadeel dan zou kunnen fixeren.

In hun rescriptie van 18 mei 1774 maken kanselier en raden ter beantwoording van de eerste vraag enkele opmerkingen over de strafbare poging en over de (on)wenselijkheid vermogensdelicten met de doodstraf te sanctioneren.⁵¹

Zij stellen zich op het standpunt, dat de rechter zich bij de straftoemeting niet louter moet laten leiden door de misdadige wil van de dader, maar tevens het materiële resultaat in beschouwing moet nemen. Indien er slechts sprake is van "une tentative, une action qui manifeste la volonté de consommer le délit", dan kan hij slechts een arbitraire straf opleggen, waarbij de strafmaat wordt bepaald door de mate waarin de dader in zijn toeleeg is geslaagd. De ordinariis straf kan slechts voor het voltooid delict worden opgelegd. Op deze hoofdregel zijn slechts enkele wettelijke uitzonderingen, zoals moordbrand, oudermoord, hoogverraad en dergelijke, waar poging in de vorm van "la seule manifestation ou exécution commencée", d.w.z. de veruitwendiging van het misdadig voornemen door middel van enige uitvoeringshandeling, reeds met de dood strafbaar is. Een dergelijke uitzondering is van oudsher ook van toepassing op een van de delicten, die in het plakkaat van 1744 worden beschreven, namelijk het opzettelijk iemand vals beschuldigen van een kapitaal delict, of het opzettelijk afleggen van een valse getuigenverklaring met het oogmerk iemand wegens een kapitaal delict te laten veroordelen. De bedrieger riskeert in dergelijke gevallen de doodstraf, ook indien hij niet in zijn toeleeg is geslaagd.⁵²

Indien er geen sprake is van een nadrukkelijke wettelijke uitzondering, achten kanselier en raden het niet wenselijk om valsheidsdelicten, waarmee als regel enkel financieel voordeel wordt beoogd, te rangschikken onder de enorme delicten, "qui attaquent la vie du citoyen ou tendent à la destruction de la société"; en dit zou ook in de strafmaat tot uiting moeten komen. Kanselier en raden zijn er daarom niet gelukkig mee, dat het edict van 1744 de volgens het gemene geschreven recht gebruikelijke straf voor valsheidsdelicten — verbanning en confiscatie van goederen⁵³ — heeft vervangen door de dood-

51. Cf. J. MONBALLYU, Strafbare poging bij Damhouder en Wielant en in de 15^{de} en 16^{de}-eeuwse Vlaamse rechtspraak, in: *TRG* 58 (1990) 301-317.

52. Cf. C. 9,2,17,1,1 en D. 48,8,1,1; zie ook DAMHOUDER, *Practycke criminele*, hfdst. 121, § 4, alsmede GLS 370, art. 2.

53. Cf. DAMHOUDER, *Practycke criminele*, hfdst. 122, § 6.

straf. Men vindt het onredelijk deze straf ook op te leggen indien het beoogde gevolg niet is ingetreden: "Le faux qui n'a fait tort à personne ne semble pas devoir être puni de la même façon du même supplice que celui qui a grandement endommagé quelqu'un ou qui l'a ruiné sans ressource."

Daarmee komen kanselier en raden toe aan het tweede door de Geheime Raad opgeworpen vraagpunt, namelijk of een bedrieger, in het geval van een voltooid delict, conform het edict van 1744, met de dood moet worden gestraft, zelfs indien hij of zijn verwanten de benadeelden nadien hebben schadeloos gesteld. Zij beantwoorden deze vraag door een vergelijking te maken met de voorwaarden waaronder men van de landsheer remissie of kwijtschelding van straf kan verkrijgen. Zij stellen dat er bij (vermogens)delicten als regel sprake is van schending van de wet en schade toegebracht aan een ander. Straf is de voldoening die men verschuldigd is aan het publiek en aan de benadeelde particuliere persoon. Kwijtschelding van straf wordt als regel slechts verleend op voorwaarde, dat de benadeelde partij schadeloos is gesteld. Indien dat het geval is, dan dient alleen de schade die aan de gemeenschap is toegebracht nog vergoed te worden. Naar de mening van kanselier en raden heeft schadeloosstelling van het slachtoffer tot gevolg, dat het misdrijf minder verfoeilijk wordt en dat de straf niet langer een dubbel, maar slechts een enkel doel dient. Nu kunnen kanselier en raden zich voorstellen, dat in het geval van ernstige delicten zoals wegroof of diefstal met geweldpleging, die een aantasting betekenen van de openbare veiligheid, de wetgever het openbare belang zwaarder laat wegen dan de vraag of de particuliere benadeelde schadeloos is gesteld. Dit geldt echter niet voor misdrijven, zoals eenvoudige diefstal, bedrog, knevelarij en verduistering van overheidsmiddelen en dergelijke. Hier zou de wetgever rekening zou moeten houden met de omvang van het berokkende nadeel. Indien dit nadeel zou zijn opgeheven vóór de aanhouding van de verdachte of voordat de vervolging is ingesteld, dan lijkt het kanselier en raden — onder verwijzing naar Carpzovius⁵⁴ — onjuist om voor dergelijke delicten de doodstraf te eisen. Dat dientengevolge talrijke bedriegers aan de doodstraf zullen ontkomen achten kanselier en raden geen bezwaar: "Le lésé sera comme s'il ne l'avoit jamais été; le coupable aura racheté sa vie, ..., la punition mitigée aura satisfait la société, à laquelle le citoyen corrigé pourra servir encore, tandis que le supplicié ne lui est bon à rien." Kortom men ontraadt de Geheime Raad het toch al strenge plakkaat van 4 januari 1744 nog verder te verzwaren door het opnemen van de voorgestelde aanvulling.

Ten aanzien van de vraag, of men bij de bepaling of er van ernstige benadeling sprake is zou moeten uitgaan van de welstand van de benadeelde (subjectief criterium), of dat men bij een bepaalde geldswaarde (objectief criterium) zou kunnen spreken van een ernstig delict, waarop de doodstraf van toepassing zou moeten zijn, stellen kanselier en raden zich op het standpunt, dat het onverstandig is hiervoor een bedrag te fixeren. Zij hebben grote moeite met het idee, dat men de waarde van een mensenleven op een dergelijke wijze in geld zou uitdrukken. Zij zijn de mening toegedaan, dat evenredigheid van delict en straf veel beter gerealiseerd zou kunnen worden door gevangenisstraffen dan door de handen van de beul. Zij pleiten daarom voor de inrichting van voldoende

54. B. CARPZOVIVS, *Practica novae imperialis Saxonicae rerum criminalium*, Frankfurt ⁸1684, part. 2, quaest. 80.

gevangenis en verbeterhuizen, omdat vrijheidsstraffen voortreffelijk passen "chez une nation douce et dans un pays policé comme les Pays-Bas". Zij achten het bovendien wenselijk, zodra er voldoende penitentiaire inrichtingen beschikbaar zijn "de faire refondre en grande partie les lois pénales [dans] un nouveau code, qui réglerait en même temps la forme judiciaire en cette matière". Invoering op grote schaal van gevangenisstraffen maakt volgens hen tevens herziening en codificatie van strafrecht en strafprocesrecht noodzakelijk. Mocht men ondanks de overwegingen van het Hof toch behoefte hebben aan een criterium voor toepassing van de doodstraf wegens valsheidsdelicten, dan geven kanselier en raden de voorkeur aan een objectief criterium en zij menen dat het nadeel in dergelijke gevallen tenminste *fl.* 1000,- Brabants zou moeten bedragen.

Ook in dit advies blijken kanselier en raden consequente voorstanders van proportionaliteit van straf en delict en humanisering van straffen (vervanging van doodstraf door vrijheidsstraffen). Bovendien tonen zij zich hier, in hun streven naar invoering van vrijheidsstraffen, voor het eerst openlijk voorstanders van codificatie van strafrecht en strafprocesrecht.

Advies betreffende de infamerende gevolgen van de doodstraf voor familie en verwanten van de veroordeelde (1773/'74)⁵⁵

Bij brief van 28 augustus 1773 legt de Geheime Raad aan het Oostenrijks Hof van Gelre de vraag voor, of het zinvol zou zijn, door middel van een wet te verklaren, dat de terdoodveroordeling van een misdadiger geen schande brengt over diens verwanten en hen niet onbekwaam maakt voor het bekleden van openbare ambten en functies.

Kanselier en raden kunnen zich, blijkens hun advies van 17 juni 1774, in principe roerend met de in de adviesaanvraag vervatte opinie verenigen. Indien de doodstraf van een misdadiger diens verwanten onbekwaam zou maken voor het bekleden van openbare functies, dan zouden zij worden gestraft voor een misdaad die ze in het geheel niet hebben begaan, die louter afhangt "de la seule volonté du criminel, laquelle est la chose la plus incommunicable". Zij vragen zich echter af, of een wet wel het meest geschikte middel is om het gewenste doel te bereiken. Om dit toe te lichten onderzoeken kanselier en raden, waar het gevoel van afkeuring en medelijden, waardoor men het gezelschap van de verwanten van een terechtgestelde misdadiger mijdt, vandaan komt. Binnen de familie is er natuurlijk sprake van schaamte; terwijl buitenstaanders de omgang met een dergelijk familie midden uit vrees voor besmetting: "Le physique et les conclusions qu'on en tire s'y joignent encore pour désoler ces parents infortunés: ainsi que des maladies et des vertus on a vu des vices héréditaires, de la sécrètement on suppose, ou appréhende, que les parents pourroient bien avoir quelque disposition au même délit, qui a fait périr le coupable ..." En zij zien niet in hoe men door middel van een wet een dergelijke idee, een dergelijk gevoel, zou kunnen wegnemen.

Ter adstruatie van de opvatting, dat "les lois comme on sçait ne commandent guères au sentiment" bevestigen kanselier en raden zich in een wijdlopieg theologisch en juridisch

55. RAL, Hof van Gelre, inv. 59, fol. 73-79.

exposé over de vraag of de straf van een misdadiger schande brengt over diens verwanten. Zij wijzen erop, dat de goddelijke en menselijke wetten in dit opzicht bepaald niet eenduidig zijn. Enerzijds zijn er duidelijke voorbeelden van de opvatting, dat de straf van de vader geen smet werpt op diens zonen⁵⁶, maar het kost hen geen enkele moeite om voorbeelden van tegenovergestelde opvattingen te vinden, die het hier besproken vooroordeel alleen maar kunnen versterken.

De bijbel biedt legio voorbeelden van straffen tot in het derde en vierde geslacht, en ook de erfzonde kan men beschouwen als een typisch voorbeeld "qui étend à l'infini le châtement au déla de la personne du coupable". Maar zo merken kanselier en raden sceptisch op "on sçait aussi que ces justices de Dieu ne sont, ni peuvent être le modèle de la justice humaine, et que toute contradiction n'y est qu'apparante aux faibles lumières de la raison." Ook in het Romeinse recht vindt men voorbeelden van straffen die verwanten eerloos maken en ze uitsluiten van openbare ambten, zoals bijvoorbeeld C. 9,8,5,1, in het voetspoor waarvan het canonieke recht strenge straffen heeft ontwikkeld, waardoor de kinderen van ketteren werden getroffen "en les privant de leur patrimoine et les rendant inhabiles à posséder jusqu'à la seconde génération paternelle et la première maternelle aucun bénéfice ou office publique".⁵⁷ Waarbij zij met anticlericale afkeer opmerken, dat sommige canonisten ook nog een geleerd debat hebben opgezet over de vraag, of deze straffen alleen betrekking zouden moeten hebben op de kinderen die na de ketterij geboren waren, of dat ook de eerder geboren kinderen erdoor getroffen dienden te worden.

Ook de inheemse rechtsgewoonten zijn niet vrij van straffen die de nagelaten betrekkingen van een veroordeelde treffen, zoals blijkt uit de costumiere rechtsregel "Qui confisque le corps, confisque les biens". Op grond van deze regel vervalt de nalatenschap van een misdadiger aan de soeverein of aan een "seigneur haut-justicier", en worden de nagelaten betrekkingen, "sans distinction ni d'age, ni de sexe", tot de bedelstaf gebracht. Kanselier en raden verbinden aan dit exposé de conclusie, dat men — indien het de Geheime Raad ernst is met het voornemen door middel van een wet te verklaren, dat de veroordeling van een misdadiger geen oneer meebrengt voor diens verwanten en hen niet ongeschikt maakt voor het bekleden van openbare functies — dan ook consequent zou moeten zijn, en de bijkomende straf van confiscatie van de nalatenschap van de veroordeelde zou moeten afschaffen.

Afgezien daarvan, blijven zij de mening toegedaan, dat men niet door middel van een wet veroordelen kan wegnemen en men geeft de Geheime Raad daarom in overweging, dit vooroordeel door middel van positieve actie te bestrijden. De Geheime Raad dient zelf het goede voorbeeld te geven, door verwanten van een terechtgestelde misdadiger,

56. Verwezen wordt o.a. naar Ezechiël 18,20 (Filius non portabit iniquitatem patris); D 48,19,26, pr. (Crimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere potest); en Decreten 2,1,4,6-8 (Consanguineorum maleficia in nulli clericis obsunt, nisi conscii fuerint; Perfidia parentum filiis obesse non debet; Non imputantur peccata parentum his, qui ab eis personaliter divisi probantur).

57. Liber sextus decretalium 5,3,15 (Filii haereticorum usque ad secundam lineam paternam, ad primam vero maternam, sunt inhabiles ad beneficium ecclesiasticum vel officium saeculare, si patres ante mortem ecclesiae reincorporati non fuerint); Decretal. Gregorius IX, 5,7,10 (Bona haereticorum confiscantur, et in terris ecclesiae applicantur fisco ecclesiae, in terris imperii iudicis saecularis fisco, et procedit, etiamsi catholicos habent filios).

die zich aanbieden voor het vervullen van een openbare functie, waartoe zij door opleiding of ervaring gekwalificeerd zijn, met voorrang te benoemen en zij merken op, dat zij zelf gaarne bereid zijn een dergelijk iemand als raadsheer in hun midden op te nemen. "Et nous ne doutons point que dans tous les autres tribunaux supérieurs de justice de Votre Majesté en ces Pays-Bas on n'en agiroit de même".

Advies terzake van het misbruik van kerkelijke gevangenissen (1775/'76)⁵⁸

Bij brief van 27 december 1775 vraagt de Geheime Raad kanselier en raden voorstellen te doen over de beste manier om paal en perk te stellen aan de mogelijkheid dat de oversten van mannen- en vrouwenkloosters misbruik maken van hun bevoegdheid religieuzen die tegen de kloosterdiscipline hebben gezondigd in eigen gevangenissen op te sluiten, een onderwerp dat zich bevindt op het grensvlak van twee actuele politieke kwesties, de verhouding van kerk en staat en de hervorming van het strafrecht. Men besluit de raadsheer Luytgens als rapporteur terzake aan te wijzen.

Het advies, dat op 28 maart 1776 wordt vastgesteld, behandelt eerst de vraag of kloosters over eigen gevangenissen zouden mogen beschikken, en aan welke vereisten die dan wel zouden moeten voldoen. Vervolgens gaat men in op de vraag met welke waarborgen het gebruik van die gevangenissen zou moeten worden bekleed, waarbij het met name gaat om de vraag naar de rechtsmacht van de oversten, waarna het advies culmineert in een wetsvoorstel van vier artikelen om deze materie voor de toekomst te regelen.

Historisch gezien is het bestaan van kloostergevangenissen als volgt verklaarbaar.⁵⁹ Het kloosterleven wordt beheerst door regels. De overste dient over de mogelijkheid te beschikken degenen die zich niet aan die regels houden te disciplineren. Dit geldt met name ook voor "les sujets incorrigibles". Ten aanzien van dergelijke onverbeterlijke overtredders van de kloosterregels bestaan er in beginsel twee mogelijkheden: of men verwijderd hen uit het klooster, of men onderwerpt hen door middel van opsluiting aan strenge tucht. Het weglopen of wegzenden van religieuzen veroorzaakte reeds in de 13e eeuw veel schandaal, zodat paus Gregorius IX (1221-1241) het wegzenden van overbeterlijke kloosterlingen heeft verboden,⁶⁰ en nog ten tijde van paus Pius IV⁶¹ gelastte het college van kardinalen op 29 februari 1608 de nuntius te Brussel, de wegzending van religieuzen te verbieden en de desbetreffende constituties van Gregorius IX te respecteren, zodat in feite alleen de mogelijkheid van opsluiting overbleef. Paus Urbanus VIII (1623-1644) heeft echter, in het kader van een poging de monachale discipline te verbeteren, opnieuw besloten, dat onverbeterlijke religieuzen, wanneer opsluiting gedurende

58. RAL, Hof van Gelre, inv. 60, fol. 27^v-33^v.

59. De kerkhistorische bijzonderheden ontleen kanselier en raden aan CLAUDE FLEURY, *Histoire ecclésiastique*, Parijs/Brussel 1691-1738, 36 dln. Fleury beschrijft de geschiedenis van de katholieke kerk vanaf de vroegste tijden tot het einde van de zestiende eeuw.

60. Cap. ult. X de regularibus

61. Gezien de vermelde datum, 1608, moet dit Paulus V (1605-1621) geweest zijn.

één jaar niet de gewenste verbetering heeft gebracht, uit het klooster mogen worden weggestuurd.

Het zou voor de hand liggen, dat geestelijken die tot inkeer gebracht moeten worden, zouden worden opgesloten in een afgezonderde, maar gezonde omgeving, waar zij zich overdag kunnen onledig houden met nuttige handwerken of lectuur en waar zij kunnen worden bezocht door oude en wijze kloosterlingen, die hen kunnen aansporen zich aan de kloosterregels te onderwerpen. De praktijk is echter een geheel andere geweest. Overall treft men "des cachots, des souterreins obscurs et humides", alwaar de te disciplineren religieuzen werden opgesloten, verstoken van alle omgang met hun medebroeders en van elke menselijke vertroosting en waar men hen aan hun lot overliet om uiteindelijk in wanhoop en razernij te sterven. "Faut-il laisser subsister dans les convents ces monumens de sévérité outrée?"

Deze praktijk is in strijd met de kerkelijke richtlijnen, die voorschrijven, dat degenen die een penitentie moeten ondergaan wegens een ernstig vergrijp tegen de regels, afgezonderd moeten worden in een kloostercel, voorzien van een binnenplaats, waar zij kunnen werken, en dat elke zondag de afzondering moet worden onderbroken. Maar deze richtlijnen worden al sinds onheugelijke tijden met voeten getreden, want reeds ten tijde van Petrus Venerabilis⁶² in de twaalfde eeuw, stonden de kloostergevangenen bij de Benedictijnen bekend onder de naam van *Vade in Pace*, "parce-que le religieux qu'on y enfermoit y devoit ordinairement finir la vie. Barbarie qui trouva ses imitateurs dans les ordres qui furent établis depuis ..." Kanselier en raden kunnen dan ook niet nalaten, zich erover te verbazen, dat religieuzen, die hun leven wijden aan de volmaaktheid van het Evangelie, wanneer het gaat om het tuchtigen van hun medebroeders zich zo weinig gelegen laten liggen aan mildheid en naastenliefde, die het Evangelie bovenal vereist. Ter verklaring van dit fenomeen wijzen kanselier en raden in het voetspoor van "l'illustre auteur de l'Esprit des Lois"⁶³ erop, dat het strenge juk, dat religieuzen zichzelf opleggen, hen ongelukkig maakt en daardoor ongevoelig en hard jegens anderen. Hoe dit verder ook zij, zodra een kloosterling tot overste is verkozen, zullen hoogmoed en ijdelheid hem doen geloven, dat hij een onbegrensd gezag heeft over zijn medebroeders, die hem een blinde gehoorzaamheid verschuldigd zijn, met als gevolg, dat hij elk gebrek aan respect en het minste verzet zal opvatten als "des péchés énormes, destructifs de la règle, pour des crimes impardonnables, et il n'y a vraiment alors d'excès dans les châtimens auxquels on puisse s'attendre de la part d'un tel despote".

Het is voor kanselier en raden vanzelfsprekend, dat dit soort gevangenen verboden moet worden, en dat er maatregelen getroffen moeten worden om machtsmisbruik en willekeur van de zijde der oversten te voorkomen. Zij wijzen er in dit verband op dat waar het natuurrecht, de goddelijke en menselijke wetten aan ouders een tuchtrecht toekennen over hun kinderen, dit recht in de praktijk is onderworpen aan het toezicht van verwanten en/of de rechter, en men meent dat een dergelijk toezicht "au plus forte

62. Petrus Venerabilis (1092-1156), benedictijn, sedert 1122 abt van Cluny, deed zeer veel voor het herstel van de kloostertucht.

63. Geen exacte referentie aangegeven. Vermoedelijk wordt bedoeld op de volgende passage uit MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, dl. 1, bk. 6, hfdst. 9: "Les hommes extrêmement heureux et les hommes extrêmement malheureux sont également portés à la dureté; témoins les moines et les conquérants."

raison" noodzakelijk is om het gezag van oversten in kloosters te beperken "eux que des passions peuvent entrainer que n'ont guères ni le père, ni la mère". Zij stellen daarom voor dat oversten slechts een maatregel zouden mogen opleggen voor een (nader te bepalen) beperkte tijd, die zij niet dan met schriftelijke toestemming van de diocesane bisschop zouden mogen overschrijden. Op deze regel zouden geen uitzonderingen mogen worden toegestaan. Dit wil zeggen, dat kloosters zich niet op grond van privileges die hen rechtstreeks onder de jurisdictie van de Heilige Stoel plaatsen, aan dit toezicht zouden moeten kunnen onttrekken. Blijkbaar zijn kanselier en raden reeds vroegtijdig voorstanders van de kerkpolitieke ordonnances die enkele jaren later onder Joseph II de inrichting van "nationale" congraties zullen voorschrijven.⁶⁴

Bovendien willen kanselier en raden een duidelijk onderscheid maken tussen het tucht-recht van de overste en de jurisdictie betreffende kerkelijke of wereldlijke misdrijven, begaan door geestelijken. Zij stellen zich hier op het standpunt, dat zolang de soeverein een overste niet heeft aangewezen als strafrechter, deze niet bevoegd is de behandeling van strafzaken aan zich te trekken, maar dat hij deze moet overlaten aan de competente kerkelijke of wereldlijke rechters. Als uitvloeisel van de Novelle 83, die in 539 ten verzoeken van de aartsbisschop van Constantinopel door keizer Justinianus werd uitgevaardigd, oefenen in de meeste Europese landen de bisschoppen de criminele jurisdictie uit over "les gens de l'Eglise", "en observant dans la procédure l'ordre judiciaire prescrit dans les lois." Hoewel zij tussen de regels door opmerken, dat ook de afbakening van de strafrechtelijke bevoegdheden van de bisschoppelijke rechters en de wereldlijke rechters nadere studie verdient, kunnen zij zich voorlopig met het voortbestaan van deze situatie verenigen, omdat bij deze bisschoppelijke rechtbanken rechters gevonden worden "ou l'innocence trouve un azile assuré, qui sont censés de connoître, et obligés de suivre les formes nécessaires pour la conviction, et qui n'oseront pas se livrer sous les yeux du souverain et du public, à quelque excès notable de leur autorité ..." Criminele rechtspraak in handen van oversten is wat dat betreft met onvoldoende waarborgen omkleed, omdat deze zich in het geheim en zonder mogelijkheid van hoger beroep voltrekt, terwijl de overste vaak de kwaliteiten van aanklager, getuige, rechter en tenuitvoerlegger van de straf in zich verenigt.

Op basis van deze overwegingen, komen kanselier en raden tot de volgende aanbevelingen:

- Oversten mogen er binnen de muren van het klooster geen gevangenis op na houden. Indien religieuzen gedisciplineerd moeten worden, mogen zij alleen in een normale kloostercel, waar het daglicht binnentreedt, worden afgezonderd.
- Bestaande gevangenissen moeten worden afgebroken, of een andere huishoudelijke bestemming krijgen.
- De opgelegde penitentie mag, zonder schriftelijke toestemming van de bisschop, niet langer dan 3 maanden duren; de desbetreffende toestemming mag alleen na kennisname van de zaak worden gegeven.
- Overtreding van deze voorschriften dient te worden bestraft met een boete van *fl* 1000,-, waarvan de helft voor degene die aangifte heeft gedaan en de andere helft ten behoeve

64. Cf. edicten van 28 november 1781 (*Recueil des Ordonnances des Pays-Bas autrichiens*, 3^e serie, dl. 12, blz. 92); 3 april 1782 (*idem*, blz. 133) en van 18 november 1782 (*idem*, blz. 133).

van de ontvanger der exploiten; of met intrekking van de vergunning op termijn te gaan, in geval van een bedelorde⁶⁵; de overste riskeert bovendien arbitraire correctie door het gewestelijk hof van justitie.

Advies terzake van de beperking van het recht van asyl (1776)⁶⁶

Bij brief van 26 maart 1776 legt de Geheime Raad aan kanselier en raden een uit twee artikelen bestaan wetsontwerp ter beperking van het recht van asyl voor, met opdracht "de vous y expliquer dans le terme d'un mois, sans autre delai."

Art. 1 beperkt het asylrecht tot plaatsen van eredienst of waar het H. Sacrament wordt bewaard. Andere kerkelijke gebouwen, zoals kloosters, scholen, gasthuizen en dergelijken zullen voor wat betreft het asylrecht worden gelijkgesteld aan "maisons privées et bourgeoises".

In art. 2 wordt een gedetailleerde opsomming gegeven van 25 misdrijven, waarvan de plegers niet langer een beroep op het recht van asyl zullen kunnen doen.⁶⁷

In hun advies van 24 april 1776 staan kanselier en raden allereerst stil bij de historische achtergrond van het asylrecht, dat zich — ondanks, huns inziens, ernstige en talrijke ongemakken — in de Zuidelijke Nederlanden goeddeels heeft weten te handhaven.

Dit historisch exposé vertrekt vanaf de Griekse oudheid en voert via het boek Numeri, de Codex Theodosianus en de Novellae van Justinianus naar de capitularia van Karel de Grote en het canonieke recht. De strekking van het betoog is, dat tot en met de negende eeuw de wereldlijke overheid de voorwaarden van het asylrecht heeft bepaald, zonder dat de kerk zich het recht aanmatigde voorschriften uit te vaardigen met betrekking tot "cette matière intéressante de police". "Mais dans les siècles d'anarchie et d'ignorance qui suivoient l'Empereur Charlemagne on en conçut bientôt d'autres idées." Op grond van valse decretalen hebben pausen en bisschoppen de exclusieve bevoegdheid regels te geven met betrekking tot het asylrecht aan zich getrokken. Zij hebben het asylrecht enerzijds willen beperken, door degenen die binnen de vrijplaatsen misdaden begingen,

65. Intrekking van bedelvergunning bij wijze van straf voor bedelmonniken treft men — in het Overkwartier — voor het eerst aan in het plakkaat van 22 maart 1773; cf. A.M.J.A. BERKVEN, *Plakkatenlijst Overkwartier 1665-1794*, dl. 2, blz. 360.

66. RAL, Hof van Gelre, inv. 60, fol. 49-56.

67. Van het asylrecht zijn uitgesloten plegers van schennis van de goddelijke majesteit; godslastering; doodslag begaan in kerken en op begraafplaatsen; heiligschennende diefstal; moord met voorbedachten rade; wegroof; diefstal bij nacht gepleegd en diefstal van veldvruchten; moordenaars, hun medeplichtigen en opdrachtgevers; schennis van de wereldlijk majesteit; samenzwering en opstand tegen de Staat; hoogverraad; valsemunterij; vervalsing van zegels en cachetten; vervalsing van zegels van gezegeld papier en van biljetten van openbare verkopen; vergiftiging van mensen, fonteinen, waterreservoirs en weilanden; brandstichting; diefstal tijdens brand, overstroming, schipbreuk of andere calamiteiten; diefstal ten nadele van openbare kassen en aanwending van openbare middelen ten eigen bate; (medewerking aan) kindermoord en abortus; verkrachting; degenen die i.v.m. een van bovengenoemde delicten is aangehouden en vervolgens ontsnapt; bankroetiers; ontduikers van douanerechten; deserteurs; en tenslotte al degenen die openbare ambtenaren bij de uitoefening van hun functie doden, verwonden of maltraiteren.

alsmede publieke moordenaars en dieven van veldvruchten ervan uit te sluiten. Anderzijds hebben zij het asylrecht uitgebreid tot kerkhoven, begraafplaatsen, bisschoppelijke paliezen, kloosters, hospitalen en scholen. En om deze vrijplaatsen effectief te kunnen beschermen, bedreigden zij eenieder die er inbreuk opmaakte met excommunicatie "jusqu'aux juges, jusqu'aux rois eux-mêmes".

Kanselier en raden roepen in herinnering, dat "au retour de la lumière de la raison" de vorsten der Christenheid, de een vroeger en de ander later, zijn begonnen hun "droits naturels, sacrés, inprescriptibles et immuables" terug te winnen. Zij noemen daarbij de ordonnantie van Frans I van 1539 als voorbeeld, die het asylrecht op zodanige wijze beperkte, dat men sederdien de kerken in Frankrijk niet meer als vrijplaats beschouwt voor misdadigers en debiteuren.⁶⁸ Ook in de Nederlanden is men in de loop der tijd tot beperking van het asylrecht overgegaan. Art. 66 van de Criminele Ordonnantie van 1570 sluit ernstige delicten uit, terwijl edicten van 1742 en 1753 de formaliteiten beperken, die in acht genomen moeten worden, wanneer men een misdadiger wil laten aanhouden binnen een vrijplaats⁶⁹; en het edict van 28 mei 1770 bepaalt, dat militairen geen aanspraak kunnen maken op asyl.⁷⁰

Zij juichen deze ontwikkeling toe, omdat naar hun mening het asylrecht niets anders is dan "un droit d'impunité, qui n'est bon à rien". De toevallige omstandigheid dat een insolvente debiteur tijdig een vrijplaats weet te bereiken, beschermt hem "contre l'ordre naturel des choses" ten nadele van de goede burger; terwijl een misdadiger er bescherming vindt ten detrimente van de openbare rust en veiligheid. Zij vinden "le relâchement des loix et la non-administration de la justice" die hiermee gepaard gaat een eigenaardig eerbewijs aan God, als schepper van de eeuwige orde. Zij concluderen "à pluralité de suffrages", dat het daarom beter zou zijn recht van asyl af te schaffen en het in voorkomende gevallen aan het oordeel van de rechter over te laten of clementie zou moeten worden betracht. Indien dit voorstel de Geheime Raad te ver gaat, stelt men enkele wijzigingen en aanvullingen voor van de lijst van uitsluitingen, zoals vervat in art. 2 van het ontwerp.

68. Ordonnantie van 1539, art. 166.

69. Volgens het edict van 10 april 1742 behoort het tot de competentie van de burgerlijke rechter om uit te maken of een delinquent zich terecht op het recht van asyl beroept. Indien naar het oordeel van de rechter het delict van dien aard is, dat het beroep op immuniteit niet mogelijk is, dan kan hij de delinquent uit een kerk of andere vrijplaats doen verwijderen, zonder dat daartoe de instemming van de ordinarius vereist is; de bisschop moet echter wel verwittigd worden. Desgewenst zal de landvoogd contact opnemen met de nuntius. Inmenging van kerkelijke rechtbanken in dergelijke affaires zal niet langer worden geduld (*Recueil des Ordonnances des Pays-Bas autrichiens*, 3^e serie, dl. 5, blz. 475); het decreet van 31 oktober 1753 bepaalt, dat de formaliteit van het beleefdheidshalve verwittigen van de bisschop van een op handen zijnde verwijdering van een misdadiger uit een immuniteitsgebied, de voorlopige aanhouding van de delinquent niet in de weg mag staan. Indien er enige kans op ontsnapping bestaat, moet de boosdoener derhalve eerst worden aangehouden (*Recueil des ordonnances des Pays-Bas autrichiens*, 3^e serie, dl. 7, blz. 270).

70. *Recueil des Ordonnances des Pays-Bas autrichiens*, 3^e serie, dl. 10, blz. 45.

Advies terzake van de bestraffing van gekwalificeerde diefstal (1777)⁷¹

Het laatste verzoek om advies met betrekking tot de hervorming van het strafrecht, dat het Hof van Gelre tijdens de regering van Maria Theresia bereikt, dateert van 15 mei 1777. De Geheime Raad heeft geconstateerd, dat gekwalificeerde diefstal in de verschillende gewesten van de Oostenrijkse Nederlanden niet op uniforme wijze wordt gestraft. Men acht het met het oog op openbare orde en veiligheid wenselijk "d'établir une jurisprudence fixe et uniforme sur cet objet", en men nodigt kanselier en raden uit een overzicht te geven van de bestaande praktijk in Oostenrijks Gelre, en voorstellen te doen met betrekking tot het *ius constituendum*.

In hun antwoord van 26 juli 1777 volstaan kanselier en raden voor wat betreft de beschrijving van de bestaande praktijk in het Overkwartier met het citeren van de desbetreffende bepalingen in het GLS.⁷² Deze bepalingen gaan volgens hen in wezen terug op de oude Saksische wetgeving, die ten aanzien van diefstal bepaalde "Den dieb sol man hencken". Het strenge karakter van de *Lex Saxonum* wordt door hen toegeschreven aan Karel de Grote, die meende strenge wetten, eerder geschreven in bloed dan met inkt, te moeten geven aan de onderworpen Saksen.⁷³ Maar hoewel de overmaat van gestrengheid van tijd tot tijd iemand fataal is geworden, wordt tegenwoordig "depuis que les mœurs se sont adoucies" de doodstraf zelden meer opgelegd; en wanneer ze wordt opgelegd dan betreft het vrijwel altijd beroepsdieven zoals vagebonden en lieden zonder middelen van bestaan, wier diefstallen vergezeld gaan van ernstige verzwarende omstandigheden. De doodstraf wordt in dergelijke gevallen door ophanging voltrokken.

Voor wat betreft het *ius constituendum* stellen kanselier en raden zich op het standpunt, dat diefstal op zoveel verschillende manieren kan worden gepleegd, dat de wet onmogelijk alle variaties met de bijbehorende straffen kan specificeren. De wet dient daarom veel aan het oordeel van de rechter over te laten.

Rechtsgeleerde auteurs hebben zeer veel criteria ontwikkeld om het onderscheid tussen gekwalificeerde diefstal "qui intéresse principalement l'ordre public" en eenvoudige diefstal "qui ne blesse que l'intérêt des particuliers" te verduidelijken. Zij ontleen hun criteria aan de wijze waarop de diefstal wordt gepleegd (met braak, gewapend, in vereniging); aan de kwaliteit van de dief (dienstknechten, vagebonden, justitiële functionarissen, soldaten, etc.); de kwaliteit van het gestolene (gewijde voorwerpen, publieke penningen, veldvruchten, etc.); de waarde van het gestolene; de gewoonte (herhaling van strafbaar feit); de plaats van het delict (in de kerk, koninklijk paleis, paleis van justitie, op de grote wegen); het tijdstip ('s nachts, ten tijde van calamiteiten zoals brand, schipbreuk of hongersnood); of het betreft handelsdelicten zoals woeker, fraudeleus bankroet en monopolievorming. Omdat deze omstandigheden niet allemaal in gelijke mate ver-

71. RAL, Hof van Gelre, inv. 60, fol. 185^v-189^v.

72. Verwezen wordt naar GLS 352 §2 *Ontneminge van eins anders goet, soe bie behendicheit als geweldt*; en naar GLS 371 §7 *Dieven, roovers, brandstichters, corenbieters oft verdierders*, artt. 1-3.

73. Te denken valt in dit verband aan de *Capitulatio de partibus Saxoniae* (782); cf. H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte*, dl. I, Karlsruhe 1962, blz. 133-134.

zwarend te noemen zijn, vinden kanselier en raden dat men niet zonder meer al deze delictsvormen met de dood kan straffen.

Vervolgens bespreken kanselier en raden de gebruikelijke straffen voor diefstal met braak en "vol de chemin". Deze vormen van diefstal worden vanwege de schending van de openbare veiligheid en de dreiging tegen het leven van degene die wordt uitgeschud extra zwaar gestraft. De gebruikelijk straf voor diefstal bij de Romeinen was geseling en veroordeling tot openbare werken voor een bepaalde tijd; gewapende roof werd echter met de dood gestraft.⁷⁴ De *Codex Criminalis Carolina* straft gewelddadige huisbraak met ophanging; gewone huisbraak daarentegen met het afhakken van de hand en het uitsteken van de ogen; wegroof wordt gestraft met het afhakken van het hoofd en tentoonstelling op het rad.⁷⁵ De *Ordonnance criminelle* van 1670 straft wegrovers als moordenaars met het rad.⁷⁶

Kanselier en raden zijn met een dergelijke rigoreuze aanpak niet erg gelukkig. Zij delen de opvatting van Montesquieu, dat als men roof straft als moord, de rovers als regel niet voor moord zullen terugschrikken⁷⁷: "De tout tems on a observé, que si les loix sont cruelles outre mesure, souvent l'impunité naît de cet excès; que [les peines] les plus conformes à l'équité naturelle, ..., sont toujours les meilleures, et que les châtimens ne doivent être ni légers ni rigoureux." Opnieuw stellen zij de vraag aan de orde "s'il est permis de punir de mort les voleurs, dont le crime apres tout n'a pour objet que quelque bien, qu'on peut même recouvrir, et qui n'est pas à mettre en balance avec la vie." Zij beantwoorden deze vraag in abstracto met ja, voor wat betreft "les vols compliqués dont il s'agit", maar verbinden daaraan de vraag of er geen betere straf te bedenken valt, dan "la destruction du coupable, par la main du boureau". Onder verwijzing naar Beccaria stellen zij, dat de Menselijkheid en de Rede eenparig suggereren, dat levenslange dwangarbeid een beter alternatief is. De voordelen van deze straf zijn evident. De maatschappij weet zich afdoende beschermd tegen de boosdoeners en trekt voordeel uit hun arbeid "tandis qu'un homme pendu n'est bon à rien". Bovendien is deze straf analoog aan het begane misdrijf en heeft ze een bijzonder afschrikkende werking ten opzichte van de vagebonden en lieden zonder middelen van bestaan, wier ledigheid hen tot dergelijke misdrijven beweegt. Veroordeling tot opsluiting in een "maison de force" en het verrichten van dwangarbeid zal op dergelijke nietsnutten een veel afschrikwekkender indruk maken, dan de doodstraf, die voor hen weinig meer is "qu'un moment passager de souffrance, qui doit les mener ... de la potence au paradis." Deze straf, die elke rechter gaarne zal opleggen, zal meer bijdragen tot de preventie van misdaden, dan de galg ooit heeft kunnen doen.⁷⁸

Dezelfde straf wordt door kanselier en raden ook aangeraden voor herhaalde diefstal, die thans nog wordt gestraft met schandpaal, geseling, verbanning en brandmerk, zonder dat dit leidt tot verbetering van de misdadiger. "Le travail pour quelque tems dans une

74. Nov. 134,13,1; D. 47,18,1-2; D. 48,19,28,10.

75. CCC, art. 159; CARPZOV, *Practica ... criminalium*, part. 2, quaest. 29, n. 19; CCC art. 126; CARPZOV, *Practica ... criminalium*, part. 2, quaest. 90, n. 12.

76. DE SERPILLON, *Commentaire sur l'Ordonnance criminelle de 1670*, tit. 1, art. 12, n. 1.

77. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, dl. 1, bk. 6, hfdst. 16.

78. BECCARIA, *Over misdaden en straffen*, hfdst. 15, 16 en 30.

maison de force ou de correction préviendrait plus sûrement la rechute." In geval van recidive volstaat het de duur van de opsluiting te verlengen, desnoods tot levenslang. Dit middel wordt niet aanbevolen voor eenvoudige diefstal, die volgens hen zou moeten worden afgedaan met een geldboete, of kortstondige opsluiting op water en brood.

Kanselier en raden eindigen hun pleidooi voor de vervanging van lijf- en schavotstraffen door gevangenisstraf door de Geheime Raad te verwijzen naar de *Observations touchant l'insuffisance des peines afflictives*, van Goswin de Fierlant, die hen in 1771 werd toegezonden, en waarmee zij in hun advies van 28 juli 1771 hun instemming hebben betuigd. Zij doen een dringend beroep op de regering "de faire cesser les peines afflictives susmentionnées" en de strafwetten in bovengenoemde zin te wijzigen. Zolang men nog niet over voldoende penitentiare inrichtingen beschikt, zou men de doodstraf door middel van de galg voor dergelijke delicten moeten handhaven, zij het dat het aan het oordeel van de rechter zou moeten worden overgelaten eventueel een mindere straf op te leggen.

Conclusie

De aandacht van rechtshistorici die zich in de afgelopen decennia met de geschiedenis van de hervorming van strafrecht en strafprocesrecht in de Zuidelijke Nederlanden op het einde van de achttiende eeuw hebben bezig gehouden, is in hoofdzaak gericht geweest op de geschiedenis van het strafprocesrecht en op de geschiedenis van de criminaliteit.⁷⁹ Volgens mevr. Dupont-Bouchat werd het debat over de hervorming van het strafrecht voornamelijk op de rechterlijke instellingen en op het strafprocesrecht toegepast. "Peu de discours sur les délits et les peines, beaucoup de discours sur la procédure."⁸⁰ Uit de adviesaanvragen van de Geheime Raad met betrekking tot strafrechtelijke onderwerpen daarentegen blijkt, dat ook de materieelrechtelijke invalshoek niet werd gemedan. Van de hier besproken adviezen, die tussen 1756 en 1777 ten verzoeken van de Geheime Raad door het Hof van Gelre te Roermond, in het kader van de algemene consultatiepraktijk werden opgesteld, handelen slechts twee adviezen over het strafprocesrecht, terwijl negen adviezen onderwerpen uit het materiële strafrecht betreffen. Aanvullend onderzoek in de archieven van de Geheime Raad lijkt mij derhalve noodzakelijk om een eenzijdig beeld van de voorgenomen penale hervormingen in de tweede helft van de achttiende eeuw te corrigeren.

Zoals uit de oudere literatuur reeds bekend, namen kanselier en raden van het Hof van Gelre in het debat over de hervorming van het strafprocesrecht, met name waar het de afschaffing van de tortuur betreft een zeer progressief standpunt in. Als enigen waren zij in 1766 reeds gewonnen voor de ideeën, die vanaf 1765 in het voetspoor van Beccaria door de gevolmachtigd minister Cobenzl werden uitgedragen. Hoewel in de adviezen van het Hof van Gelre Beccaria pas in 1771 voor het eerst werd geciteerd, komt het mij aannemelijk voor, dat de lectuur van diens tractaat mede ten grondslag heeft gelegen aan het advies, dat in 1766 door de raadsheer G.J. Luytgens werd opgesteld.

79. G. VAN DIEVOET, Veertig jaar geschiedenis van het recht van de Zuidelijke Nederlanden in de 18^e eeuw (1950-1990), in: *TRG* 61 (1993) 435-451, t.a.p. blz.447-449.

80. M.S. DUPONT-BOUCHAT, *La réforme du droit pénal dans les Pays-Bas autrichiens à la fin de l'Ancien Régime (1765-1787)*, blz. 73, blz. 89-91.

Ook in de adviezen over het materiële strafrecht klinken de opvattingen van vertegenwoordigers van de klassieke richting, zoals Montesquieu en Beccaria duidelijk door. Proportionaliteit van straf en delict en humanisering van het strafrecht zijn telkens terugkerende aandachtspunten. Vanaf het advies over de bestraffing van verbreking van de verbanning in 1756 tot en met het advies over gekwalificeerde diefstal in 1777, blijken kanselier en raden voorstander van, zo mogelijk, afschaffing, of anders beperking, van dood- en lijfstraffen. Veel verwachten zij in dit opzicht van de introductie op grote schaal van gevangenisstraffen. Regelmatig doen zij daarom een beroep op de regering om geldmiddelen ter beschikking te stellen voor de bouw van penitentiaire inrichtingen. Daarnaast bepleiten zij waar mogelijk de introductie van geldstraffen.

In 1774 realiseren zij zich, dat hervorming van het strafstelsel een omvangrijke herziening van de strafwetgeving noodzakelijk maakt en zij stellen de Geheime Raad daarom voor over te gaan tot codificatie van strafrecht en strafprocesrecht.

Waar in een aantal wetsontwerpen de Geheime Raad op nogal ongenueanceerde wijze voorstelt bepaalde delicten zwaarder te straffen, dringen kanselier en raden als regel aan op matiging, door het averechtse effect van de strenge Codex Criminalis Carolina en de rigide opvattingen van de Duitse criminalisten te contrasteren met de verlichte ideeën van Franse en Italiaanse criminalisten. Met name daar waar het opleggen van dood- en lijfstraffen wordt voorgeschreven, pleiten zij voor oordeelsvrijheid van de rechter, om ten gunste van de verdachte van het strafmaximum te kunnen afwijken.

Hoewel zij in hun adviezen duidelijk onderscheid maken tussen de keurige "citoyen" die tegen het geweldsmonopolie van de overheid beschermd dient te worden, en een sociale onderklasse van bedelaars en vagebonden, die als "la vermine de la société" op rigoreuze wijze vervolgd moet worden, kondigt het gelijkheidsbeginsel zich in hun opvattingen reeds aan, doordat zij zich verzetten tegen de idee de tortuur voor burgers af te schaffen, maar deze voor vagebonden te handhaven. Dit streven naar gelijkheid voor de wet klinkt ook door in adviezen met betrekking tot de bestraffing van hulpverlening aan deserteurs, betreffende kerkelijke gevangenen en betreffende de beperking van het recht van asyl, alwaar kanselier en raden een afzonderlijke behandeling van de geestelijke stand afwijzen en daarmee hun gelijkstelling met de derde stand bevorderen.

Bij lezing van het advies betreffende de bestraffing van gekwalificeerde diefstal uit 1777 kan men zich niet aan de indruk onttrekken, dat de hervormingen naar de mening van kanselier en raden te traag verlopen. De wijze waarop zij de Geheime Raad herinneren aan de "Observations touchant l'insuffisance des peines afflictives" uit 1771 spreekt in dit verband boekdelen. Als kinderen van hun tijd hebben kanselier en raden "la lumière de la raison" en "l'équité naturelle" op voorbeeldige wijze hoog in het vandel gedragen.

